

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE REPRESSÃO  
AO USO DE DROGAS NO BRASIL

GABRIEL PINA RIBEIRO

RIO DE JANEIRO

2017/2

GABRIEL PINA RIBEIRO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE REPRESSÃO  
AO USO DE DROGAS NO BRASIL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Ana Paula Barbosa Fohrmann.**

RIO DE  
JANEIRO

2017/2

## CIP - Catalogação na Publicação

P482( PINA RIBEIRO, GABRIEL  
A (in)constitucionalidade da política de  
repressão ao uso de drogas no Brasil / GABRIEL  
PINA RIBEIRO. -- Rio de Janeiro, 2017.  
67 f.

Orientadora: Ana Paula Barbosa Fohrmann.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Drogas. 2. Criminalização. 3. Uso. 4.  
Inconstitucionalidade. I. Fohrmann, Ana Paula  
Barbosa, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

GABRIEL PINA RIBEIRO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE REPRESSÃO  
AO USO DE DROGAS NO BRASIL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Ana Paula Barbosa Fohrmann.**

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE  
JANEIRO

2017/2

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer à minha família, em especial minha mãe e meu padrasto, que nunca pouparam esforços para me proporcionar uma educação de qualidade, investindo sempre em minha formação acadêmica, me possibilitando concluir o curso de Direito. Mas, além disso, devo agradecer, ainda, à minha mãe, por ter sido a pessoa fundamental para a construção do meu caráter e por nunca ter me deixado faltar amor e afeto, mesmo diante de todo o trabalho e adversidades que a vida lhe proporcionou.

Agradeço de coração à minha noiva, Ana Carolina Barradas, que desde o ensino médio me acompanha e me dá forças para alcançar meus objetivos. Ela é quem sempre me impede de desistir e me motiva a ser melhor, enaltecendo meu potencial e minha capacidade. Certo é que sem ela eu jamais teria adquirido todo o conhecimento e me tornado a pessoa que sou, e por isso só tenho a agradecer pela pessoa atenciosa e amorosa que tenho todos os dias ao meu lado.

Gostaria de agradecer aos meus irmãos mais velhos, Pedro e Alan, embora atualmente não consigamos nos ver com tanta frequência, nossos encontros são sempre repletos de discussões e debates enriquecedores, os quais sempre contribuíram tanto para formação do meu caráter, quanto para minha formação acadêmica.

Agradeço imensamente à minha orientadora, professora Ana Paula Barbosa, que mesmo diante da situação excepcional que se apresentava, não poupou esforços para me auxiliar, me dando a oportunidade que eu tanto precisava para apresentação deste trabalho.

Agradeço também aos meus companheiros da Equipe PADO, que ao longo de um árduo ano compartilharam comigo experiências profissionais que levarei para toda a vida, as quais, sem dúvidas, contribuíram para me tornar o profissional que sou hoje.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos que fizeram parte dessa longa caminhada desde o colégio até a conclusão da faculdade de direito. Não tenho dúvidas de que fiz ótimas escolhas, e todos vocês contribuíram e contribuirão para o meu sucesso profissional.

## RESUMO

Este trabalho busca analisar a constitucionalidade do modelo de repressão ao uso de drogas adotado atualmente no país, notadamente do art. 28 da Lei 11.343/2006. A discussão perpassa pela análise dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, para então revelar as garantias fundamentais dos indivíduos que são violadas pelo Estado, na utilização da repressão penal como meio para coibir o uso de drogas. Aborda-se, também, a fragilidade da diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas, verificando-se os métodos que o legislador dispôs para que a polícia, o Ministério Público e o Judiciário pudessem fazê-la. Além disso, no intuito de demonstrar a inconstitucionalidade da política de drogas, apresentam-se os efeitos provenientes da guerra às drogas e o fracasso do modelo adotado, no qual os efeitos da ação do Estado geram danos à sociedade muito maiores do que os danos provenientes do próprio uso de substâncias entorpecentes. Além da crítica ao modelo, este trabalho também visa apresentar medidas alternativas de redução de danos aos usuários e dependentes, os quais já vêm sendo utilizados com sucesso em outros países, sendo certo que todo o processo passará, incontestavelmente, pela descriminalização do uso de drogas. Por fim, será abordado o caso paradigma julgado no STF, no qual três ministros já se manifestaram pela inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas, corroborando para os fatos e fundamentos trazidos no presente trabalho.

Palavras-chaves: drogas - criminalização – uso – inconstitucionalidade – Direito Penal – descriminalização

## ABSTRACT

This paper seeks to analyze the constitutionality of the drug enforcement policy currently adopted by Brazil, especially the as set forth in section 28th of law n° 11.343/2006. The discussion goes through the analysis of the constitutional principles, explicit and implicit, in order to reveal the user's fundamental rights that are being violated by the State, by using penal repression as a means to combat the drug use. It also approaches the fragile difference between drug user and drug dealer, checking the methods that the lawmakers put in place so that the police, the public prosecutor and the judge could make it. Besides that, in order to demonstrate the unconstitutionality of the drug policy, it shows the incoming effects of the drug war and the adopted model's failure, in which the State's actions generate a bigger damage to the society than the damage from the narcotics use itself. This paper also has the goal to introduce alternative means of reduce the harm of drug abuse, which already have successfully been used abroad, making sure that the process will pass through the decriminalization of the drug use. At last, it will approach the Supreme Court point of view, in which three ministers have already manifested about the unconstitutionality of the drug use criminalization, corroborating with the facts and fundamentals brought by this paper.

Keywords: drugs - use - criminalization - unconstitutionality – criminal law - decriminalization

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O FRACASSO DA GUERRA ÀS DROGAS.....	12
1.1 A criminalização das drogas e seus efeitos.....	12
1.2 A utilização do aparato bélico estatal e as violações a direitos fundamentais.....	18
2. O DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL.....	25
2.1 A sistemática da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) e o crime de porte de drogas para uso pessoal no Brasil: art. 28 da Lei 11.343/06 .....	25
2.2 Os direitos fundamentais e a inconstitucionalidade da tutela penal sobre o uso de drogas.....	28
2.2.1 O princípio da Lesividade ou Ofensividade.....	29
2.2.2 O princípio da Autonomia.....	34
2.2.3 O princípio da Proporcionalidade.....	39
2.3 A descriminalização legislativa e as políticas alternativas à criminalização das drogas.....	43
3. O CASO PARADIGMA BRASILEIRO: A EXPECTATIVA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	50
3.1 A descriminalização judicial: a importância da atuação dos tribunais na garantia dos direitos fundamentais.....	50
3.2 O caso Paradigma.....	52
3.2.1 Abordagem do Ministro Gilmar Mendes.....	53
3.2.2 Abordagem do Ministro Edson Fachin.....	55
3.2.3 Abordagem do Ministro Luís Roberto Barroso.....	57
3.3 Análise dos votos proferidos.....	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63



## INTRODUÇÃO

Influenciado pelas correntes internacionais de políticas de combate as drogas que surgiram na década de 1930, as quais foram formalizadas por meio da Convenção de Genebra de 1936, o Brasil pela primeira vez adotou o modelo criminalizador do uso e comércio de drogas, incorporando ao ordenamento jurídico o referido tratado em 1938. No entanto, a regulamentação efetiva da política de repressão ao uso de entorpecentes somente se consolidou no período da ditadura militar brasileira.

No período da ditadura militar o uso de drogas estava vinculado à movimentos de resistência, muitas vezes utilizados como instrumentos de protesto contra o governo, razão pela qual como resposta estatal, aliada aos movimentos de repressão e aos meios de comunicação, intensificou-se o controle sobre o uso de entorpecentes.

Nesse cenário, o discurso que legitimava a persecução penal dos usuários e traficantes de drogas era a adoção do modelo medico-sanitário de controle, traçando uma notável diferenciação entre usuário e traficante, sob os esteriótipos de dependente químico e criminoso, respectivamente. Pode-se afirmar que sobre os traficantes recairia o esteriótipo de criminoso corruptor da moral e da saúde pública, enquanto sobre os consumidores o discurso médico-psiquiátrico, consolidado no século XX, sob o esteriótipo da dependência.”<sup>1</sup>

Em 1976, com a edição da Lei 6.368/76, houve o rompimento com a legislação anterior, de modo que houve a diferenciação das medidas punitivas entre o usuário e o traficante. Embora não houvesse a previsão da proibição do uso, os verbos nucleares do art. 16 da referida lei deixavam clara a intenção do legislador de coibir o uso de entorpecentes, tendo em vista que não era permitido adquirir, guardar ou trazer consigo qualquer substância ilícita, concluindo-se sem maiores esforços que o uso estaria sendo proibido, pois as ações vedadas pela Lei são essenciais para o consumo.

Assim, o período marcado pela vigência da Lei 6.368/76 evidenciou a busca pelo tratamento mais rigoroso sobre o uso o comércio de entorpecentes, estabelecendo pena de 3 a

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006** – 8ª edição – São Paulo. Saraiva. 2016. p.54

15 anos para os traficantes, sem critérios objetivos para a dosimetria da pena, de modo que ficaria a cargo do magistrado verificar a gravidade da conduta, de acordo com a quantidade de droga, o que sem dúvidas gerou a aplicação muitas vezes generica da lei penal.

Atualmente, sob a vigência da lei 11.343/2006 a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas se acentua de forma que foram criados dois estatutos autônomos, previstos nos artigos 28 e 33 da referida Lei, com respostas punitivas distintas, ou seja, alta repressão para os traficantes com regime extremamente severo, e aplicação de penas e medidas ao usuário dependente, sob o argumento da patologização deste.”.<sup>2</sup>

Importante ressaltar que no cenário atual não há previsão legal de pena privativa de liberdade para os usuários de entorpecentes, contudo o legislador optou por continuar a criminalização da conduta, impondo medidas punitivas como advertências, prestação de serviços, medidas educativas de comparecimento ou cursos educativos, e caso o cidadão se recuse a realizar as citadas medidas, há previsão, ainda, de imposição de multa.

O que se busca neste trabalho é a discussão conclusiva acerca da constitucionalidade da política de repressão ao uso de drogas por meio do Direito Penal, e até qual ponto seria o Estado legitimado para intervir na autodeterminação e na autonomia da vontade de cada indivíduo.

O cerne da questão é a legitimidade do Estado para, por meio do Direito Penal, intervir na esfera privada de cada indivíduo, e impor normas de cunho moral, aplicando-se sanções que modulam os comportamentos da sociedade, sem uma justificativa. A justificativa para a criação de normas incriminadoras de Direito Penal seria a proteção à bem jurídico, seja ele qual for. No entanto, na discussão em tela não se verifica qualquer dano à bem jurídico alheio quando se trata do uso de drogas.

Do ponto de vista dos principios elencados na Consittuição Federal de 1988, verifica-se questionável consonância da atual política de drogas balizada na Lei 11.343/2006 com a Carta Magna. Isso porque o texto constitucional prevê expressamente os principios da lesividade, autonomia da vontade e da liberdade dos indivíduos, os quais são violados quando da

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Salo, 2016, p. 105

imposição de medidas punitivas por parte do Estado, fundadas no discurso moral e falacioso da preservação do bem jurídico saúde pública.

Assim, busca-se debater a constitucionalidade do crime de posse de entorpecentes para consumo próprio no Brasil, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, através da análise das arbitrariedades cometidas pelo Estado para intervenção na esfera privada dos indivíduos, e as justificativas utilizadas para tanto.

Além disso, o debate internacional acerca da descriminalização das drogas tem tomado enormes proporções, não só no campo da política, mas principalmente no campo jurídico, uma vez que as constituições e as convenções internacionais caminham no sentido diametralmente oposto ao da criminalização das drogas.

Deste modo, a discussão também envolve, necessariamente, as formas alternativas de desincentivo ao consumo de drogas, as quais vêm sendo aplicadas por diversos países, inclusive da América Latina, desassociando o uso de drogas ao crime e à violência estatal, tratando-se a matéria pelo vies da saúde pública, e não segurança pública.

# **1. O FRACASSO DA GUERRA ÀS DROGAS**

## **1.1. A criminalização das drogas e seus efeitos**

Conforme exposto, o processo de criminalização das drogas no Brasil originou-se na década de 1930, e se intensificou a partir do período da ditadura militar, perdurando até a atualidade. Os efeitos provenientes da política adotada possuem repercussão internacional, porém são percebidos com maior facilidade pelos cidadãos do país, que são submetidos à violência cotidiana, especialmente nas grandes capitais, onde o tráfico atua em maiores proporções.

Apesar da ausência de previsão legal de penas privativas de liberdade para os usuários de entorpecentes, a política nacional de drogas é pautada na repressão constante aos consumidores, prevalecendo na legislação atual o estereótipo da dependência. O uso de drogas é associado a uma patologia, uma conduta socialmente reprovável, a qual possui uma resposta imediata, qual seja, a atuação rigorosa do Estado, na tentativa de coibir o consumo.

Ocorre que a atuação estatal se evidencia pelo uso da força policial na repressão do uso de drogas, por meio de abordagem aos cidadãos, por diversas vezes revestidas de violência e preconceito, demonstrando, inicialmente, como a política de drogas é aplicada na prática. O discurso de proteção ao bem jurídico saúde pública não condiz com a realidade social do país, pois, não há qualquer movimento estatal no sentido de combater a dependência química e evitar que os problemas de saúde se proliferem.

O que se verifica é a atuação das forças militares do Estado, encaminhando os consumidores de drogas às delegacias, para que seja constatado o porte para consumo pessoal, e, conseqüentemente, sejam aplicadas as penas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006. É nessa etapa do procedimento da criminalização que surgem uma das maiores violações aos direitos individuais.

Em diversos casos as autoridades policiais abordam os usuários de drogas se utilizando de força desproporcional, associando o usuário ao criminoso, desrespeitando a intimidade, a

liberdade e, por muitas vezes, até mesmo a integridade física. Não são poucos os relatos de usuários de drogas que sofreram constrangimento ilegal, foram agredidos por policiais ou até mesmo presos em flagrante, justamente pela ausência de critérios objetivos para diferenciar o uso do tráfico.

Este é outro efeito prático da política criminal de repressão às drogas, não há qualquer critério objetivo que sirva de balizador para a autoridade policial, para o Ministério Público, ou para o Magistrado. Ou seja, o policial ao verificar o porte de entorpecentes, deve analisar a quantidade para então dar início ao inquérito, o qual será o subsídio da ação penal oferecida pelo Ministério Público e julgada pelo juiz competente.

Nesse sentido Luciana Boiteux explica que *“os policiais são responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado.”*<sup>3</sup>

Luís Carlos Valoir sustenta que:

“O processo, nesse tipo de crime, não é o local onde se apura o fato criminoso, mas simplesmente onde se repete o documentado pela polícia, como um teatro, onde o que está em julgamento não é o fato, mas somente o documento apresentado. Convalidando-se o auto de prisão em flagrante, elaborado logo após a prisão do acusado, tem-se como comprovado o fato, ou seja, o juiz, nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua.”<sup>4</sup>

Observa-se que a falta de critério objetivo concreto, como por exemplo a quantidade determinada para a subsunção ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 e não no art. 28 da mesma lei, acaba por gerar a atuação arbitrária e injusta no julgamento de determinados casos, pois não há clara diferenciação entre os crimes de porte para consumo pessoal e tráfico de drogas. O que dá azo à casos como o de Rafael Braga, que comparado ao caso de Breno

---

<sup>3</sup> BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no Crime de tráfico de drogas*. Revista Jurídica, Brasília, V.11, n. 94, pág. 21, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/revistajuridica> . Acesso em 7 jun 2017.)

<sup>4</sup> VALOIR, Luís Carlos. *O direito Penal da Guerra às drogas*. 2ªed – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.459

Borges, torna claro que a guerra às drogas é também uma guerra aos negros e pobres.

Rafael Braga Vieira<sup>5</sup> é ex-catador de lixo, negro e pobre. Em junho de 2013, quando ainda era morador de rua, foi preso por porte de artefato explosivo, tendo sido condenado a cinco anos de prisão, que pôde ser cumprida em seu domicílio com uso de tornozeleira eletrônica. No entanto, em 2016 Rafael foi acusado de tráfico de drogas e associação ao tráfico, em razão de ter sido flagrado portando 0,9 gramas de maconha e 9,6 gramas de cocaína, Rafael foi condenado à 11 anos e 3 meses de prisão, tendo seu pedido de Habeas Corpus nº 0029991-26.2017.8.19.0000<sup>6</sup> sido negado pela 1ª Câmara Criminal do Rio de Janeiro.

Em contrapartida, Bruno Fernando Solo Borges foi detido com 130 kilos de maconha, munições de fuzil e uma pistola, mas apesar dos indícios apontarem para a prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, Bruno foi solto após passar apenas três meses na prisão, tendo em vista a concessão de dois Habeas Corpus pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Atualmente Bruno está internado em uma clínica psiquiátrica, por ser portador de Síndrome de Borderline e, conseqüentemente, não ser responsável por seus próprios atos, manobra adotada por sua defesa para que pudesse sair da prisão<sup>7</sup>.

A diferença entre o tratamento dos casos citados é flagrante, sendo certo que Rafael apesar de ter supostamente sido apreendido com pouca quantidade de droga cumpre sua condenação em prisão sob o regime fechado, enquanto Breno, que foi flagrado com exorbitante quantidade, teve dois HC concedidos para ter o benefício de ser transferido para clínica psiquiátrica e não responder por seus atos.

Ao analisar o caso de Rafael observamos algumas características interessantes: Rafael Braga é negro, pobre e morador da periferia, enquanto Breno é branco, rico e filho da Desembargadora do Mato Grosso do Sul Tânia Garcia, o que enfatiza o fracasso e a

---

<sup>5</sup> Caso Rafael Braga: Justiça nega liberdade a catador condenado por tráfico. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/08/caso-rafael-braga-justica-nega-liberdade-de-catador-condenado-por-trafico.htm>. Acesso em: 18.11.2017

<sup>6</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Habeas Corpus nº 0029991-26.2017.8.19.0000. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FD7EA74EAF5E48500D7D9AC27E275C24C50653623A3B&USER=>. Acesso em 22.11.2017

<sup>7</sup> Filho de desembargadora preso por tráfico de drogas é solto no MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/filho-de-desembargadora-presos-por-trafico-de-drogas-e-solto-no-ms.html>. Acesso em: 22.11.2017

seletividade da guerra às drogas.

Luciana Boiteux e Julita Lemgruber concluem no mesmo sentido, afirmando que na prática criminal no país “o exame das “circunstâncias sociais e pessoais” é uma brecha para a rotulagem segundo atributos econômicos e sociorraciais, que tem levado jovens pobres, sobretudo negros, sem recursos para pagar advogados, ao encarceramento por tráfico”.<sup>8</sup>

O art. 33 da Lei 11.343/06 possui dezoito verbos nucleares, sendo que alguns deles somente se diferenciam da conduta prevista no art. 28 pela finalidade a qual se busca atingir. Se a intenção do indivíduo é o consumo próprio, este será subsumido no art. 28, enquanto se a intenção do indivíduo é a comercialização, este será submetido às sanções penais previstas no art. 33, as quais incluem a pena privativa de liberdade.

Salo de Carvalho sustenta que<sup>9</sup> *“O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente, o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 18”*

Assim, como exemplificado com o caso Rafael Braga, a atuação das autoridades policiais é baseada no preconceito e em estereótipos, sendo certo que a população negra e pobre, em sua maioria moradores de favela, é a que mais sofre com a falta de critérios objetivos para a aplicação da Lei de drogas. A mesma quantidade de entorpecentes encontrada com um jovem branco morador de um bairro de luxo, e com um jovem negro morador de uma favela pode dar origem a ações penais fundadas em dois crimes distintos, o primeiro pelo uso, enquanto o segundo pelo tráfico.

Tais afirmativas se confirmam, ainda, pelas estatísticas obtidas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)<sup>10</sup>, na qual foi constatado que *“os presos pelo delito de “tráfico de drogas” configuram como a segunda maior incidência no sistema penitenciário,*

---

<sup>8</sup> BOITEUX, Luciana. *O fracasso da guerra às drogas*. Disponível em [https://www.academia.edu/34664187/O\\_Fracasso\\_da\\_Guerra\\_às\\_drogas](https://www.academia.edu/34664187/O_Fracasso_da_Guerra_às_drogas). p. 360. Acesso em 16/11/2017.

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 263

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. População carcerária chega a mais de 622 mil detentos. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira> Acesso em 4 jun 2017.

*estando atualmente com setenta mil pessoas encarceradas sob a acusação de tráfico de drogas, ficando atrás apenas dos crimes de roubo qualificado”<sup>11</sup>.*

Além da segunda maior incidência no sistema penitenciário, a atuação estatal no que tange ao crime de tráfico de drogas se demonstra extremamente seletiva, de modo que a maioria da população carcerária é negra, pobre e de baixa escolaridade, conforme o levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>12</sup>. Nesse levantamento, realizado em 2014, constatou-se que 61,6% da população penitenciária brasileira é composta por negros e 75,08% só completou o ensino fundamental.

Assim, dos estudos apontados conclui-se que a ausência de critérios objetivos, aliado à seletividade das autoridades policiais que subsumem a população negra no crime de tráfico de drogas, quando por muitas vezes se tratam de usuários de entorpecentes, evidencia os efeitos negativos da política criminal de drogas adotada no país.

Por fim, não se pode deixar de enfatizar a situação de violência vivenciada pela população brasileira com o crescimento exponencial do poder paralelo. Com a política de criminalização de drogas, o comércio das drogas é associado à criminalidade, de forma que facções criminosas assumem o papel de comerciantes, enquanto os usuários, sem opções de compra, são submetidos ao tráfico de drogas.

Em outras palavras, se o comércio de drogas não é regulamentado pelo Estado - diante da criminalização - surgem grupos dispostos a infringir a Lei e comercializar entorpecentes, obtendo lucro incalculável, uma vez que, independente de proibição legal, a demanda por drogas existe e sempre existiu.

Estima-se que o mercado internacional de drogas ilícitas movimenta algo em torno de 400 bilhões de dólares por ano, o que é equivalente a cerca de 8% do comércio anual em todo o mundo<sup>13</sup>. Tais cifras evidenciam o lucro obtido pelas facções criminosas com a venda de

---

<sup>11</sup> BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no Crime de tráfico de drogas*. (Revista Jurídica, Brasília, V.11, n. 94, pág. 1-29, 2009) Disponível em <http://www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 7 jun 2017.)

<sup>12</sup> Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file). Acesso em 4 nov 2017.

<sup>13</sup> BOITEUX, Luciana. *O fracasso da guerra às drogas*. Disponível em



substâncias entorpecentes no Brasil, levando-se, ainda, em consideração a extensão geográfica do país.

Assim, diante do vazio deixado pelo Estado e da existência de demanda considerável por substâncias entorpecentes, as facções criminosas que inicialmente praticavam outros delitos, passaram a se dedicar ao tráfico de drogas, o que resultou no incremento significativo do poder aquisitivo destes grupos, o qual pôde ser desinado à corrupção de autoridades policiais e outras instituições.

Com o enriquecimento das facções criminosas, a consequência foi o aumento substancial do seu poder bélico, de modo que a atuação do Estado vem se tornando cada vez mais dificultada, instaurando-se, portanto, a verdadeira guerra às drogas.

A guerra às drogas se configura exatamente na tentativa do Estado em coibir o tráfico de estupefacientes, enquanto as facções criminosas buscam o controle de pontos de vendas de drogas, em regra comunidades carentes, assumindo o papel do Estado onde este não consegue atuar, lucrando não só com o comércio das drogas, mas também com a prestação de serviços básicos como controle da venda de gás, televisão a cabo, e até mesmo empréstimo de dinheiro.

O exacerbado poderio bélico dos traficantes de drogas está diretamente associado ao sucesso da atividade do comércio de drogas, sendo certo que o dinheiro arrecadado é convertido em armamento militar de última geração, desafiando o poder estatal em condição de paridade de forças. O resultado da guerra às drogas é a violência cotidiana, consequência de diversas incursões policiais às favelas na busca de traficantes renomados, e da resposta imediata das facções criminosas com porte de armas de alto calibre, como fuzis e metralhadoras militares.

Além da violência proveniente do embate entre policiais e traficantes de drogas, é muito comum observar o combate entre facções criminosas rivais na disputa por pontos de venda de drogas. Trocas de tiros, comércio fechado e escolas sem aula são rotina nas grandes capitais do país, especialmente na cidade do Rio de Janeiro, rodeada por favelas onde o tráfico de

drogas se prolifera sem qualquer interferência significativa do Estado.

Como exemplo pode-se citar o recente embate ocorrido na favela da Rocinha, localizada em São Conrado, Rio de Janeiro. O conflito decorreu do rompimento entre o chefe do tráfico em exercício, conhecido como Rogério 157, e o ex-chefe Antônio Bonfim Lopes, conhecido como Nem da Rocinha, que de dentro de um presídio Federal em Rondônia ordenou a invasão de seu bando para recuperar o controle do local. A consequência foi o desespero da população, que por dias não puderam sair de suas casas em razão da intensa troca de tiros entre os próprios traficantes e com a polícia, que fez incursões da favela buscando apreender os criminosos.<sup>14</sup>

A atuação do Estado se restringe à invasões pontuais às favelas, muito mais como uma tentativa dos governos dos estados demonstrarem alguma resposta ao tráfico de drogas, do que uma solução realmente efetiva ao problema apresentado. A única reação do Estado em relação às facções criminosas é belica, militarizada, repleta de violência, não só dirigida aos traficantes, mas também aos moradores. Resultado dessa reação é a crescente denúncia de moradores aos abusos cometidos por policiais, que entram em suas residências muitas vezes sem mandado, quebram seus pertences e, até mesmo, agredem física e verbalmente seus familiares<sup>15</sup>.

Não se verifica qualquer ação preventiva em relação ao consumo de drogas, ou qualquer campanha de conscientização da população sobre os riscos provenientes do consumo, o que se observa é a ação policial sem nenhuma perspectiva de solução das mazelas sociais. O poder bélico estatal é utilizado de forma irresponsável, em uma tentativa desesperada de demonstrar para a população que o Estado está trabalhando no fim do tráfico de drogas, sem qualquer resultado positivo.

## 1.2 A utilização do aparato bélico estatal e as violações a direitos fundamentais

Conforme narrado, o resultado da guerra às drogas tem sido marcado pelo uso do aparato bélico do Estado contra as facções criminosas cada vez mais bem armadas. Polícia Militar e

---

<sup>14</sup> Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/cupula-de-facciao-determinou-invasao-da-rocinha-para-derrubar-chefao-21835807.html> Acesso em 18/11/2017.

<sup>15</sup> Moradores da rocinha denunciam invasão de casas por policiais em busca de traficantes. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/09/24/moradores-da-rocinha-denunciam-arbitrariedades-das-forcas-de-seguranca.htm> . Acesso em: 22.11.2017.

Civil, Exército, Marinha e Aeronáutica atuam conjuntamente nas favelas na tentativa de expulsar o tráfico de drogas e restabelecer a atuação estatal.

Nesta atuação conjunta verificou-se a fuga de suspeitos e prisão de diversos outros indivíduos foragidos da justiça e a implantação das UPP's no Rio de Janeiro – Unidades de Polícia Pacificadora – nas favelas. A UPP é um projeto da Secretaria de Segurança pública do Rio de Janeiro, implementado em 2008 na cidade, com o intuito de levar segurança, infraestrutura e serviços básicos às favelas, por meio da invasão militarizada destas para afastar a atuação do tráfico de drogas.<sup>16</sup>

Ocorre que, embora em um primeiro momento o projeto tenha sido bem sucedido, os resultados não foram os esperados. A entrada das unidades de polícia pacificadora não representou o fim do tráfico de drogas, pois diversos traficantes permaneceram nas comunidades ou fugiram no intuito de retornar posteriormente. Durante o período de ocupação policial nas favelas não foi possível observar uma ação conjunta do Estado, sem a qual o modelo implementado não possuiu adesão nem mesmo pelos moradores das favelas.

Embora o projeto visasse a parceria entre governos federal, estadual e municípios, para o desenvolvimento social e econômico das comunidades, com obras de infraestrutura e implementação de serviços básicos, nada ocorreu nesse período.

O que se verificou foram as frequentes violações aos direitos fundamentais dos moradores das favelas, na busca interminável da polícia por traficantes de drogas remanescentes e que continuavam a vender entorpecentes.

O Estado disponibilizou tanques de guerra da Marinha e do Exército pra realizar a invasão de algumas favelas do Rio de Janeiro, todas com poucas prisões e quantidades de drogas insignificantes quando comparadas com o dinheiro movimentado em cada comunidade. São inúmeras as ocorrências de mortes de moradores das favelas, traficantes e policiais por balas perdidas, tiros de fuzis militares ou até pelo uso da própria violência policial.

---

<sup>16</sup> UPP – Unidade de Polícia Pacificadora. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/seseg/exibeconteudo?article-id=1349728>. Acesso em 5 nov 2017.

Somente no primeiro semestre do ano de 2017, 742 pessoas foram mortas em tiroteios no Rio de Janeiro<sup>17</sup>, ou seja, a guerra travada entre policiais e traficantes afeta não só a vida destes, mas também tem repercussão direta na vida dos moradores, que morrem sem possuir qualquer vínculo com o uso ou tráfico de entorpecentes.

Ao criminalizar o uso e comércio de drogas, passa-se o controle da compra e venda dos entorpecentes para os poderes paralelos, que se fortalecem e agem com força proporcional a do Estado, gerando consequências negativas para toda a sociedade, fruto da guerra às drogas.

Além disso, a ação repressiva da polícia com os moradores evidencia constante violação às garantias individuais dos moradores, no que tange à liberdade, privacidade, intimidade e integridade física, sempre sob o argumento de que são práticas necessárias à persecussão dos criminosos que controlam o tráfico de drogas nas favelas.

Para demonstrar as alegações com fatos, no mês de outubro, marcado pelas operações policiais na Rocinha, maior favela da cidade do Rio de Janeiro, os moradores da comunidade registraram 34 ocorrências de abusos cometidos por policiais, dentre eles os crimes de dano, furto, roubo, lesão corporal e invasão de domicílio.<sup>18</sup>

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 5º extenso rol de garantias fundamentais dos indivíduos as quais não podem ser violadas por mera arbitrariedade das autoridades policiais, como tem se verificado nas favelas do Rio de Janeiro. Dentre os direitos fundamentais podemos citar<sup>19</sup>:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

---

<sup>17</sup> Número de mortos em tiroteios no Rio cresce 37% no primeiro semestre deste ano, mostra aplicativo. Disponível em <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-mortos-em-tiroteios-no-rio-cresce-37-no-primeiro-semester-deste-ano-diz-aplicativo.ghtml>. Acesso em 5 nov 2017.

<sup>18</sup> Moradores da Rocinha que denunciaram PMs do Choque temem represália do novo corregedor. Disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/apos-denuncias-de-crimes-na-rocinha-por-pms-do-choque-comandante-do-batalhao-nomeado-corregedor-22017930>. Acesso em 5 nov 2017.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 5 nov 2017.

peçoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Deste modo, a liberdade, a segurança, a vida, a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade do domicílio e o direito ao tratamento humano são direitos fundamentais dos cidadãos, os quais deveriam ser garantidos pelas autoridades policiais e não violados.

Outro caso de repercussão internacional que demonstra as sistêmicas violações a direitos fundamentais é o desaparecimento de Amarildo. Em julho de 2013, o pedreiro Amarildo, morador da favela da Rocinha, durante uma operação contra o tráfico de drogas, foi abordado por policiais em um bar da comunidade, sendo levado para interrogatório na sede da Unidade de Polícia Pacificadora.

A partir de então o corpo de Amarildo jamais foi encontrado, o que deu origem a ação penal em que 13 policiais figuravam como réus, distribuída para a 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Em 2016 a juíza competente proferiu sentença, com base nas imagens obtidas por câmeras de vigilância, na qual se constatou que Amarildo foi torturado e morto por policiais.<sup>20</sup>

Desta forma, a conclusão que se extrai da situação atual da guerra às drogas e da utilização do poderio bélico do Estado nas operações contra os traficantes, é que ao “tutelar o bem jurídico saúde pública”, por meio de políticas militarizadas de repressão as drogas, o Estado acaba por violar diversos outros bem jurídicos, como por exemplo a vida.

Assim, tem-se que sob o discurso de preservar a saúde e a segurança pública e combater o tráfico de drogas no país, o Estado tenta legitimar sua atuação militar por meio de operações policiais sem resultados, as quais configuram verdadeiro estado de exceção permanente nas comunidades carentes.

---

<sup>20</sup> Caso Amarildo: Juíza condena 12 dos 25 policiais militares acusados. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/caso-amarildo-juiza-condena-13-dos-25-policiais-militares-acusados.html>. Acesso em 5 nov 2017.

Conforme pontua Salo de Carvalho<sup>21</sup> (2016, p. 119) ao analisar as situações de exceção nos ordenamentos jurídicos:

“o discurso penal, ao invés de operar na legitimação do processo bélico de coisificação do outro, necessariamente deveria servir como barreira de contenção da violência desproporcional. No entanto, a retórica da emergência repressiva de sacrificialização dos direitos em nome do bem maior (segurança), expressa a gradual tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a ideia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos”.

Busca-se, portanto, legitimar as violações recorrentes a direitos fundamentais dos moradores das favelas, com o argumento pautado no combate às drogas, quando o que ocorre é uma guerra sem fim, que só aumenta as estatísticas de mortes no país.

Uma das formas de violação mais usuais, e muitas vezes respaldada pela justiça, é o mandado de busca e apreensão coletivo, que permite aos policiais a realização de busca e apreensão em todas as casas da localidade. O mandado coletivo genérico é medida que afronta flagrantemente a inviolabilidade do domicílio, bem como o direito à privacidade e intimidade, garantidos pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X e XI. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Assim, segundo art. 243 do Código de Processo Penal, a *contrário sensu*, o mandado de busca e apreensão não poderá ser genérico, na medida em que se impõe a indicação, de forma mais precisa possível, da casa em que a diligência será realizada, o nome do proprietário ou do morador, bem como o motivo da diligência. Sendo certo que tais buscas devem ser realizadas de dia, ou seja, das 6h às 18h. Vale destacar:

---

<sup>21</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 119

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

No entanto, apesar de serem nitidamente inconstitucionais, os mandados coletivos de busca e apreensão genéricos continuam sendo expedidos pela justiça, demonstrando que os moradores de favelas podem ter violados direitos fundamentais em nome da busca por sucesso da guerra às drogas.

Além disso, não se pode olvidar que grande parte das vítimas da guerra ao tráfico também é compreendida por policiais militares, que no exercício de sua função são submetidos ao confronto direto com armamento militar obtido por vias ilícitas pelos integrantes das facções criminosas. Prova de que os policiais são tão atingidos quanto o resto da população, somente no ano de 2017, 118 policiais foram mortos, somente no estado do Rio de Janeiro, em confrontos, ou por execuções sumárias a mando de chefes de organizações mantidas pelo tráfico de drogas.<sup>22</sup>

Os policiais, que muitas vezes são os responsáveis pelas maiores violações a direitos e garantias fundamentais sob a guarida do Estado, também são atingidos pelos efeitos da guerra às drogas, o que se demonstra pelo número de mortos e feridos em serviço ou não.

Luciana Boiteux analisa a questão e sintetiza que “a obediência à cartilha proibicionista não logrou alcançar resultados positivos, eis que, cem anos depois das primeiras proibições, ainda não se conseguiu equacionar o problema do abuso de substâncias ilícitas, embora as penitenciárias estejam cheias de pessoas presas por envolvimento com drogas”.<sup>23</sup>

Conclui-se, portanto, que a busca pela redução do tráfico e do consumo de drogas vêm

---

<sup>22</sup> Morre um dos policiais baleados no Morro da Providência; é o 118º PM morto no Rio este ano. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/morre-um-dos-policiais-baleados-no-morro-da-providencia-e-o-118-pm-morto-no-rio-este-ano.ghtml>. Acesso em 14/11/2017.

<sup>23</sup> BOITEUX, Luciana, *Opinião pública, política de drogas e repressão penal: uma visão crítica*, 2015, p. 151. Disponível em [https://www.academia.edu/34371858/Opinião Pública Política de Drogas e Repressão Penal Uma visão cr %C3%ADtica\\_2015](https://www.academia.edu/34371858/Opinião_Pública_Politica_de_Drogas_e_Repressão_Penal_Uma_visão_cr%C3%ADtica_2015) . Acesso em 15.11.2017.

fazendo muito mais vítimas na sociedade do que os próprios efeitos da droga, havendo urgência na reconfiguração da política vigente, pois o direito fundamental à vida de militares, civis e agentes que praticam crimes vêm sendo suprimido, o que é inadmissível sob qualquer fundamento.



## 2. O DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL

2.1 A sistemática da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) e o crime de porte de drogas para uso pessoal no Brasil: art. 28 da Lei 11.343/06

A lei 11.343/2006 institui o novo sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, na qual são previstas formas de prevenção ao uso e reinserção social dos usuários, enquanto busca reprimir a produção e o tráfico de drogas, por meio da seara penal, deixando a cargo do Poder Executivo a edição de lista atualizada das substâncias consideradas ilícitas.

Trata-se de Lei penal em branco, na qual o legislativo faculta à agência do poder executivo, nesse caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a editar periodicamente a lista com todas as substâncias ilícitas que serão inseridas no gênero ‘drogas’ previsto nos tipos penais.

De acordo com a lição de Cezar Bitencourt, as normas penais em branco seriam ”normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas *normas imperfeitas*, por dependerem de complementação de outra *norma jurídica* (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução, etc) para concluírem a descrição da *norma proibida*.<sup>24</sup>

Segundo Salo de Carvalho, com base nos na lição de Nilo Batista<sup>25</sup> a edição de normas penais em branco feriria o princípio da reserva legal e do monopólio legislativo previstos nos artigos 5º, II e 22, I da Constituição Federal, pois, somente os procedimentos legislativos teriam idoneidade para formular crimes e cominar penas<sup>26</sup>.

Nesse passo, o legislador, amparado nas determinações infralegais promulgadas pelo Poder Executivo, optou por dar tratamento criminal não só à produção e comercialização de drogas, mas também ao seu uso. O art. 28 da Lei 11.343/2006 prevê sanção penal àquele que

---

<sup>24</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 201

<sup>25</sup> BATISTA, *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 73-74

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 258.

*“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal o regulamentar”.*

Ainda que não haja previsão da pena privativa de liberdade, por considerar-se o porte de drogas para consumo pessoal crime de menor potencial ofensivo, foram previstas penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, podendo o usuário, até mesmo, sofrer pena de multa.

A primeira ilegalidade que se observa na aplicação das penas previstas nos incisos do art. 28 é a cumulatividade prevista no art. 27 da referida Lei, que faculta ao magistrado a aplicação de advertência, prestação de serviços, e até mesmo de medidas educativas cumulativamente.

A referida cumulação de penas revela verdadeira incriminação em duplicidade pelo mesmo fato, configurando-se assim o *bis in idem*<sup>27</sup>, que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Salo de Carvalho conclui que o *bis in idem* no caso da aplicação de penas cumulativas aos usuários de drogas é corolário de dois pressupostos de periculosidade em relação ao usuário:

Em realidade, o sistema opera com dúplice presuposição de periculosidade do usuário, mesmo eventual (a) periculosidade social em face da possibilidade de expansão do consumo de droga para terceiros, afetando o bem jurídico saúde pública; (b) periculosidade individual decorrente da percepção do consumidor como potencial dependente.<sup>28</sup>

Assim, poderia se verificar que, de maneira antijurídica, os artigos 27 e 28 da Lei 11.343/06 buscam punir duplamente o usuário de drogas pela ofensa ao bem jurídico saúde pública, e, ainda, pelo risco à autolesão, que conforme será melhor elucidado, sequer merece a tutela penal.

A grande problemática do art. 28 se verifica nos critérios previstos para a capitulação do crime de porte para uso pessoal, diante da similitude da conduta prevista do art. 33 da referida lei, pois diversos verbos nucleares dos tipos penais são idênticos. Como já citado, a finalidade a que se destina o porte da substância ilícita é que ditará o tipo penal ao qual o agente será

---

<sup>27</sup> CARVALHO, salo. 2016, p. 356.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 357

subsumido, criando zona tênue de discricionariedade para o ministério público, bem como para os magistrados.

No § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06 o legislador buscou apresentar critérios objetivos, ainda que amplos, aos operadores do direito, para a diferenciação da finalidade a que se destina a droga, sem, contudo, apresentar qualquer critério qualitativo, buscando-se assim, balizar o magistrado quando da subsunção do crime.

São os critérios trazidos pelo legislador a (i) natureza e quantidade da substância apreendida. (ii) o local e às condições em que se desenvolveu a ação, (iii) as circunstâncias sociais e pessoais, (iv) além da conduta do agente. Tais elementos são meramente indiciários e informativos à convicção do magistrado no que se refere ao tipo penal<sup>29</sup>, sendo certo que o fato determinante para a subsunção em cada crime previsto é a finalidade do porte da substância ilícita.

Assim, contando com critérios não tão bem delineados, os quais dão ampla margem discricionária, o magistrado busca, de acordo com cada caso concreto, aferir a finalidade de cada agente ao adquirir, transportar o guardar drogas, para então concluir se se trata de usuário ou traficante de drogas.

O critério escolhido pelo legislador fundado nas circunstâncias sociais e pessoais foge aos critérios objetivos, passando-se a uma análise muito mais subjetiva, sendo certo que fundado nessa opção legislativa, utiliza-se do estereótipo e do preconceito para incriminar de duas formas diferentes a mesma conduta, praticada por agentes distintos.

Deste modo, a Lei 11.343/06 é o instrumento por meio do qual o legislativo atribui poderes ao Poder Executivo para complementar normas penais, e conferir imensa discricionariedade ao Poder Judiciário para aplicação da lei penal, revelando a busca incessante do Estado pela repressão ao uso de entorpecentes no país.

Ocorre que, como se verá adiante, o art. 28 e sua aplicação prática configuram uma série de violações a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, fundadas em preceitos

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Salo, 2016, p. 286.

morais conservadores remanescentes na sociedade atual, que geram consequências extramamente prejudiciais ao país.

## 2.2 Os direitos fundamentais e a inconstitucionalidade da tutela penal sobre o uso de drogas

Diversas são as críticas ao modelo político de repressão às drogas adotado no Brasil, e em grande parte do mundo, sobretudo quando analisado sob a ótica das garantias fundamentais previstas nas constituições modernas, as quais trazem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana.

Para Barroso, a dignidade da pessoa humana, em uma concepção minimalista identificaria “(1) o valor intrínseco de todos os seres humanos (2) a autonomia de cada indivíduo (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).”<sup>30</sup>. Para o autor, este valor intrínseco distinguiria os seres vivos das coisas, seriam os atributos que dão a condição singular do homem, tais como a inteligência, sensibilidade e capacidade de comunicação.<sup>31</sup>

E vai além ao sustentar que, no plano jurídico, o valor intrínseco referente aos seres humanos seria a origem dos direitos fundamentais à vida, à igualdade, à integridade física. Em um plano filosófico, defende que a dignidade da pessoa humana também seria o fundamento da autonomia.<sup>32</sup>

As intervenções estatais na esfera privada dos indivíduos por meio do Direito Penal é tema recorrente na doutrina, especialmente no que refere ao uso de drogas. No Brasil a Lei 11.343/2006 demonstra a opção legislativa pela aplicação de sanções penais para os indivíduos que consomem substância entorpecente ilícita, enquanto isso, surgem críticas acerca da constitucionalidade desta interferência do Estado, legitimada por lei, na autonomia da vontade de cada cidadão.

Não só a autonomia da vontade é posta em questão, mas também a privacidade,

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2015. p.286

<sup>31</sup> Idem, p. 286.

<sup>32</sup> Idem, p. 286.

intimidade, perpassando até mesmo pela liberdade de crença. Além da verificação de violações a garantias fundamentais individuais, verifica-se também a ausência dos requisitos que legitimem o agir do Estado adotando medidas penais para coibir uma conduta que não apresenta qualquer potencial lesivo à comunidade.

É importante ressaltar, ainda, que, como se verá adiante, não se observa a proporcionalidade prevista pela Constituição Federal, entre a conduta do agente e a resposta penal adotada pelo Estado, concluindo-se, a princípio, pela existência de um sistema institucionalizado, por meio das leis editadas, de violações sistêmicas aos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição.

Não fossem suficientes as incompatibilidades constitucionais da Lei de drogas, observasse, ainda, a violação ao princípio de direito penal da alteridade, no qual se sustenta a ideia de vedação ao ímpeto punitivo do Estado nos casos de autolesão, em que não houver risco concreto à bem jurídico alheio.

Nesta senda, passemos à análise da legitimidade que as normas e princípios instituídos pela Constituição Federal conferiu ao Direito Penal para tutelar as relações pessoais, interpretando-a de maneira sistemática, de forma a verificar as hipóteses de incidência da tutela penal sobre o indivíduo.

### 2.2.1 Do princípio da Lesividade

Na estreita correlação entre princípios constitucionais e o processo legislativo de criação de leis penais, tem-se que o Direito Penal possui na Constituição Federal suas raízes, a partir das quais se desenvolve, não havendo possibilidade de, no ordenamento jurídico brasileiro, haver um ilícito penal que contrarie preceito fundamental explícito ou implícito na Carta Constitucional.

Nesse panorama, Luiz Regis Prado entende que para que se legitime a criação e aplicação da lei penal, é necessário que se respeite “*o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da lesividade ou ofensividade), segundo o qual não há delito sem lesão*

*ou sem perigo de lesão a um bem jurídico determinado.*”<sup>33</sup>

Segundo o autor, o fundamento primordial de atuação do Direito Penal é a proteção à bem jurídico, de modo que, em não havendo qualquer perigo ou lesão à bem jurídico essencial ao indivíduo ou à comunidade, não haveria justificativa para o agir do Estado por meio da seara penal<sup>34</sup>. Sustenta que o princípio da lesividade estaria inserido no quadro axiológico constitucional, decorrente da própria concepção de Estado de Direito democrático (teoria constitucional eclética),<sup>35</sup> apesar de estar expresso no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bittencourt afirma que “Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado”<sup>36</sup>

Ferrajoli entende que o princípio da lesividade, que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito, qual seja a natureza lesiva do resultado (efeitos produzidos pela conduta), é idôneo a vincular o legislador na criação de normas incriminadoras, servindo-lhe como parâmetro para um direito penal mínimo.

Nesse passo o autor caracteriza o sistema ou norma que prescinde de ofensa concreta à bem jurídico como um “Modelo de Direito Penal Autoritário”<sup>37</sup>, em homenagem ao princípio que ora se contempla.

“os sistemas e as normas "sem ofensa" prescindem da lesão de bens jurídicos concretos, ou reprimindo antecipadamente a simples e frequente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela.”<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito de Direito Penal Brasileiro* – parte geral – 3ª ed. – São Paulo – editora Revista dos Tribunais, 2002, p.39.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 118

<sup>35</sup> Idem, p.118

<sup>36</sup> BITTENCOURT, 2016, p 111

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 373-374

<sup>38</sup> Ibidem, 2002, p.80

Assim, para que a tutela penal do Estado seja legítima, mister se faz verificar a existência de violação à bem jurídico minimamente relevante na sociedade. Nesse passo, o conceito de bem-jurídico, embora amplo, deve ser trazido à baila, para que então se possa concluir pela existência ou não de violação ao princípio da ofensividade na tutela penal ao uso de drogas.

Cezar Roberto Bittencourt traz, em seu entendimento, a mais adequada concepção de bem-jurídico:

A noção de bem-jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um direito Penal liberal, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”.<sup>39</sup>

Já Regis Prado define que “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.<sup>40</sup>

Nesse sentido, resta observar se o uso de drogas viola bem jurídico capaz de ensejar a intervenção estatal com base no princípio da lesividade ou ofensividade. Primeiramente, pelo fato do art. 28 da Lei 11.343/06 não prever a pena restritiva de liberdade, e a competência para processar e julgar as ações penais de porte para consumo pessoal ser dos juizados especiais criminais, verifica-se que o legislador reconheceu, expressamente, o reduzido potencial lesivo da conduta.

Veja-se os artigos 60 e 61 da Lei dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95)<sup>41</sup>:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (grifou-se)

---

<sup>39</sup> BITTENCOURT, 2016, p. 76.

<sup>40</sup> PRADO, 2002, p.35

<sup>41</sup> BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em 15.11.2017.

Ocorre que, embora o legislador tenha reconhecido o reduzido potencial ofensivo do consumo de drogas, a verdade é que a conduta não apresenta qualquer dano ou perigo para qualquer bem jurídico coletivo de relevância significativa. O fundamento do legislador seria a proteção ao bem jurídico saúde pública, no entanto, os resultados da proibição demonstram que não há uma tutela estatal efetiva nesse sentido.

Não se pode generalizar o consumo de drogas e julgar a conduta sem uma análise minuciosa do fenômeno social. É fato que dentre os consumidores de drogas existem aqueles eventuais, experimentais, direcionados ao uso medicinal, e os dependentes químicos. Somente nos casos de dependência química o argumento de proteção ao bem jurídico saúde pública se justificaria, caso o Direito Penal fosse capaz de sanar qualquer problema relacionado à saúde pública, o que não se verifica.

Contudo, a incidência do Direito Penal na esfera dos dependentes químicos não é e nem nunca foi capaz de evitar o consumo ou tratar da forma adequada o problema. Se o bem jurídico violado é a saúde pública, a resposta do Estado deve ser proporcionar meios de acesso à saúde pública, e não criminalizar a conduta, afastando o dependente das formas corretas de tratamento de saúde.

Isso porque, conforme a professora Luciana Boiteux afirma em sua obra, o Relator nomeado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para abordagem do tema, Anand Grover, reconhece que a política mundial de drogas pode resultar em violação ao direito à saúde dos indivíduos. Cita como exemplo “os usuários que não procuram os cuidados necessários por medo de serem presos, ou, ainda, de usuários que procuram ajuda, mas não recebem os cuidados devidos.”<sup>42</sup>

Ao contrário do ideal, na justificativa de tutelar a saúde pública, inúmeros danos à saúde, à autonomia e à liberdade são cometidos<sup>43</sup>, sendo certo que a resposta penal do Estado é muito

---

<sup>42</sup> BOITEUX, Luciana. **Direitos Humanos e convenções internacionais de drogas: Em busca de uma Razão Humanitária nas leis de drogas**. 2014, p.243. Disponível em [https://www.academia.edu/34453247/DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_CONVEN%C3%87%C3%95ES\\_INTERNACIONAIS\\_DE\\_DROGAS\\_Em\\_Busca\\_de\\_uma\\_Raz%C3%A3o\\_Humanit%C3%A1ria\\_nas\\_Leis\\_de\\_Drogas\\_2014](https://www.academia.edu/34453247/DIREITOS_HUMANOS_E_CONVEN%C3%87%C3%95ES_INTERNACIONAIS_DE_DROGAS_Em_Busca_de_uma_Raz%C3%A3o_Humanit%C3%A1ria_nas_Leis_de_Drogas_2014). Acesso em 15.11.2017.

<sup>43</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 340



mais prejudicial aos indivíduos do que o próprio consumo de drogas.

Ademais, o uso recreativo, eventual, experimental ou medicinal em nada viola o bem jurídico saúde pública, uma vez que cada indivíduo deve ter ciência dos malefícios causados à saúde ao consumir substâncias entorpecentes. Este, inclusive, é outro problema verificado no Brasil. Não se fala sobre os danos individuais que as drogas são capazes de causar, a opção adotada pelo Estado é de literalmente ocultar o problema social, escondendo traficantes nas penitenciárias, e buscando a punição dos usuários.

Salo de Carvalho entende que “pensar o uso de drogas desde o ponto de vista dos envolvidos com a situação-problema impõe perceber a conduta como autônoma e o dano como próprio (autolesão). Assim, desde o princípio da ofensividade (Art. 5º XXXV, CR), questionável a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e seus correlatos incriminadores”<sup>44</sup>

Sendo assim, não é razoável atribuir ao consumo recreativo, eventual ou medicinal de drogas o status de violador do bem jurídico saúde pública, pois os danos causados ao próprio indivíduo em nenhuma hipótese atingirão bem jurídico alheio, limitando-se à pessoa do consumidor

O uso de drogas não possui ofensividade para a coletividade, pois é pessoal e individual, não atingindo o bem jurídico alheio, razão pela qual não é correto afirmar que o consumo, em geral, seria capaz de causar danos ao bem jurídico saúde pública.

Nesse sentido, Salo de Carvalho<sup>45</sup> cita a obra de Maria Lúcia Karam, a qual defende:

“É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância que pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São as coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 342

<sup>45</sup> Ibidem, p.340

pessoal”<sup>46</sup>

Desse modo, se o uso de drogas não é capaz de configurar ofensa ao bem jurídico saúde pública, não seria o Estado legítimo para intervir por meio do Direito Penal nas escolhas dos indivíduos, nem mesmo haveria justificativa para a aplicação do poder punitivo do Estado.

Nesse passo, pode-se concluir, conforme Salo de Carvalho que:

“está garantida ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima.”<sup>47</sup>

Portanto, a proibição do uso de drogas fere o princípio da Lesividade, inerente ao próprio texto constitucional e ao Estado Democrático de Direito, tornando ilegítima a tutela do Direito Penal sob a conduta do porte para consumo pessoal de entorpecentes.

### 2.2.2 Princípio da autonomia

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana e dos limites que a Constituição impõe ao legislador no que tange à esfera privada do indivíduo, percebe-se também questionável atuação do Estado em detrimento da autonomia dos cidadãos.

A Constituição, como conjunto de normas balizadoras de todo o ordenamento jurídico, traz como preceito fundamental e norteador da atuação do Estado a garantia da dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Sarlet a dignidade da pessoa humana seria “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.”<sup>48</sup>

Já de acordo com Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana seria “em primeiro lugar um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa”<sup>49</sup>. Defende, ainda, que a dignidade comportaria uma dupla dimensão:

---

<sup>46</sup> KARAN, Maria Lúcia, *de crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991, p. 126

<sup>47</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 344.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2015. p.53

<sup>49</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo

“Uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância, a segunda pode sofrer ofensas e violações”<sup>50</sup>

Nesta toada, vê-se que além de configurar um valor maior, intrínseco a cada indivíduo, a partir da dignidade da pessoa humana é que se pode extrair todos os direitos e garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal. Dentre eles é possível destacar os direitos à liberdade, à segurança, à saúde e, principalmente, à autonomia da vontade.

Assim, quando o Estado viola qualquer um destes preceitos fundamentais expressos na Constituição, está violando diretamente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, para além de um valor maior em que se fundam as garantias mais básicas do indivíduo, o princípio da dignidade da pessoa humana também impõe limites à atuação do Estado, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade de qualquer pessoa.<sup>51</sup>

Nesse ponto, merece especial atenção o princípio da autonomia da vontade, que consiste no “elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”<sup>52</sup>

Sustenta, ainda, Luis Roberto Barroso que:

“A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas entre outras. A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.”<sup>53</sup>

Ou seja, segundo o autor, a “dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver

---

Horizonte: Fórum. 2014. p. 61

<sup>50</sup> Ibidem, 2015, p. 62

<sup>51</sup> SARLET. 2015. p.89

<sup>52</sup> BARROSO, 2014, p. 81

<sup>53</sup> BARROSO, 2014, p. 82

livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.”<sup>54</sup>

Entendendo-se pelo direito à tomada de decisões que impliquem em consequências tão somente para os indivíduos, sem violar a dignidade de qualquer outra pessoa, com o fim de atingir o ideal de uma boa vida, questiona-se se o uso de drogas transbordaria os limites da autonomia privada.

De acordo com os conceitos de autonomia privada, a ingestão de substância entorpecente, desde que não seja uma conduta realizada por meio de coação, é ato que está dentro da esfera de decisões que podem ser tomadas pelo indivíduo. Ou seja, caso queira, o indivíduo, pode, a qualquer momento, utilizar uma substância, e este ato por si só não implicará em maiores consequências.

Havendo qualquer consequência do ato de utilização de substância entorpecente, este certamente não será capaz de atingir a esfera privada alheia, o que quer dizer que, seja qual for a consequência desta ação, ela jamais ultrapassará a esfera pessoal do usuário.

Para melhor elucidar a violação à autonomia privada, proveniente da proibição ao uso de drogas, basta analisar dois indivíduos que utilizam substâncias entorpecentes, sendo o primeiro usuário do álcool e o segundo de maconha. No caso das bebidas alcoólicas, não há contrasenso na sociedade quanto ao fato do indivíduo ter total liberdade de consumi-las, desde que atingida a maior idade, ao contrário do que ocorre com a maconha, visto que o Estado proíbe a conduta, com base em preceitos morais e religiosos impostos.

Luciana Boiteux pontua que “há uma intenção no discurso proibicionista que normaliza o consumo de álcool na forma ‘controlada’ ou ‘responsável’, em oposição ao ‘abuso’, mas não admite esse mesmo critério diferenciado de uso ponderado e moderado para as substâncias tratadas pela lei como ilícitas”.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> BARROSO, 2015, p. 287.

<sup>55</sup> BOITEUX, Luciana, *Opinião pública, política de drogas e repressão penal: uma visão crítica*, 2015, p. 151. Disponível em [https://www.academia.edu/34371858/Opinião Pública Política de Drogas e Repressão Penal Uma visão crítica 2015](https://www.academia.edu/34371858/Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_Pol%C3%ADtica_de_Drogas_e_Repress%C3%A3o_Penal_Uma_vis%C3%A3o_cr%C3%ADtica_2015). Acesso em 15.11.2017.

Ou seja, se duas substâncias são entorpecentes com o mesmo potencial de determinar dependência física ou psíquica, sendo uma lícita e outra não, a diferenciação está tão somente nas concepções morais, sendo certo que ambas as condutas, isoladamente, não configuram qualquer ofensa à bem jurídico alheio. Tal exemplo é válido para reforçar o conceito de autonomia, perpassando pelo direito à igualdade<sup>56</sup>, de modo a se verificar que os indivíduos são livres para praticarem atos que não impliquem na vida alheia, sendo certo que valores conservadores impostos pelo Estado muitas vezes distorcem esta realidade.

Salo de Carvalho explica que “nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que se reforcem em concepções morais.”<sup>57</sup>. É exatamente desta forma que, inconstitucionalmente, o Estado interfere na esfera privada dos indivíduos, impondo-os padrões de comportamento, os quais são corroborados todos os dias pela mídia, reforçando ideais conservadores.

Segundo Luís Roberto Barroso:

“A imposição coercitiva de valores externos, excepcionando o pleno exercício da autonomia em nome de uma dimensão comunitária da dignidade humana, nunca é trivial. Ela exige fundamentação adequada, que deve levar em conta três elementos: a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e c) grau de consenso social sobre a material.”<sup>58</sup>

Nesse aspecto, não seria legítima a imposição coercitiva de valores, tendo em vista que não há qualquer direito fundamental sendo atingido, pois o uso eventual, recreativo ou medicinal não possui potencial lesivo, por si só, apto a lesar o bem jurídico saúde. Além disso, não se observa dano potencial para outros, e nem mesmo o consenso social sobre a matéria, pois se trata de tema extremamente controvertido.

Com efeito, induz-se a população à ideia do álcool como uma substância legal e descolada, perfeita para todas as situações, enquanto em relação à maconha e à cocaína fomenta-se o estigma de dependência e criminalidade. Ocorre que, independente da potencialidade de causar dependência – que entre maconha e álcool é extremamente

---

<sup>56</sup> CARVALHO, Salo, 2016, p. 343

<sup>57</sup> Ibidem. p. 343-344

<sup>58</sup> BARROSO, 2014, p. 96

semelhante – e dos malefícios provenientes do uso de entorpecentes, de acordo com o princípio da autonomia, todos os indivíduos devem ter a oportunidade de tomar suas próprias decisões a respeito do que entendem como o ideal de uma vida boa<sup>59</sup>.

Não seria o Estado legítimo para intervir na esfera privada do indivíduo, e, com base em concepções unicamente morais, impor-lhes sanções penais, para a garantia de um bem jurídico tão abstrato, que beiraria o inexistente.

Por fim, insta ressaltar, ainda, que a Constituição Federal prevê, no art. 5º, X, o direito à intimidade e à privacidade, que segundo Luis Roberto Barroso identificaria “um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.”<sup>60</sup>

Além disso, Ingo Sarlet entende que o direito à intimidade, privacidade, honra, e à imagem estariam intrinsecamente vinculados à dignidade da pessoa humana<sup>61</sup>, mais uma razão pela qual deveriam ser respeitadas pelas normas de direito penal. O autor, para corroborar seu entendimento acerca do princípio constitucional, cita, ainda, a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, o qual, segundo ele afirma que:

“o direito à intimidade, como derivação da dignidade da pessoa, implica a existência de um âmbito próprio e reservado em face de atuação e conhecimento dos demais indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana.”<sup>62</sup>

Deste modo, o art. 28 da Lei 11.343/2006 revela uma intervenção injustificada do Estado, por meio do *jus puniendi*, a qual viola frontalmente o princípio da autonomia da vontade, bem como os direitos à privacidade e intimidade, previstos na Constituição Federal.

---

<sup>59</sup> BARROSO, 2014, p. 81

<sup>60</sup> *Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio: Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso* – RE 635.659. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf> p. 7. Acesso em 18/11/2017.

<sup>61</sup> SARLET. 2015, p. 130

<sup>62</sup> Idem. p. 131

O consumo de drogas, mesmo produzindo efeitos negativos à saúde do usuário, é faculdade do indivíduo, e, sem que haja uma violação à bem jurídico alheio, não estaria autorizado o Estado a intervir na esfera de decisão de cada cidadão. Os princípios da autonomia da privacidade e da intimidade devem ser interpretados como limitadores da intervenção da esfera privada dos indivíduos, não sendo possível a violação destes sem motivo razoável.

### 2.2.3 Princípio da Proporcionalidade

Não bastassem as citadas violações ao texto constitucional, é necessário analisar a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal sob a ótica do princípio da proporcionalidade, este previsto no art. 5º, LIV da CRFB/88, corolário do Estado Democrático de Direito e da garantia primordial da dignidade da pessoa humana.

Seguindo-se a doutrina majoritária, verifica-se que o princípio da proporcionalidade possui três vertentes, quais sejam, a adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade, e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>63</sup>. Segundo Regis Prado “a medida é razoável, quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta, quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.”<sup>64</sup>

Para Cezar Roberto Bittencourt, a união harmônica das três vertentes ocorreria da seguinte maneira:

“a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*ubermassverbot*); b) necessidade (*erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recurso desproporcionais”.<sup>65</sup>

Luciana Boiteux sintetiza o princípio da proporcionalidade, afirmando que seria:

“Um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus

---

<sup>63</sup> PRADO. 2002, p. 121

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> BITTENCOURT. 2016, p. 122

desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face de norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da necessidade (de natureza técnico-instrumental) e o da adequação (normativo). É um princípio que se destaca por “proibir o excesso” da intervenção do Estado sobre o cidadão, sendo, portanto, guardião da liberdade”<sup>66</sup>

Primeiramente, sob o olhar da adequação, não se pode dizer que a opção do legislador de criminalizar a conduta do porte de drogas para consumo pessoal é o ato do Estado que mais se mostra apto a atingir o fim previsto na Constituição. Supondo-se que o fim ao qual o Estado se vincula seria a busca pela saúde pública, a opção pela repressão penal, literalmente, não se mostra adequada.

Além dos resultados negativos já citados neste trabalho, a política de repressão às drogas por meio do Direito Penal não foi capaz de sanar os problemas vinculados às drogas, problemas estes gerados pela própria criminalização. Dentre as mazelas provenientes da política adotada no Brasil, podemos citar, neste ponto, a omissão do Estado no tratamento de dependentes químicos.

É contraditório o fato da política de drogas adotada pelo Estado ter como objetivo precípuo a garantia do bem jurídico saúde pública, ao passo que não oferece assistência médica aos dependentes das substâncias ilícitas, ao contrário, os oferece tratamento repressivo e degradante, os afastando cada vez mais dos serviços públicos oferecidos.

Portanto, a intervenção penal do Estado na esfera privada do usuário de drogas violaria o princípio da proporcionalidade, inicialmente, pelo fato de não ser a medida adequada à persecução do objetivo imposto pela Constituição Federal.

No que se refere à vertente da necessidade, seguindo-se o raciocínio da ausência de adequação da medida, percebe-se, ainda, que a atuação do Estado, utilizando-se do Direito Penal a fim de coibir uma prática que não gera qualquer ofensa à bem jurídico alheio, configura ato que excede os limites conferidos ao Estado pela Constituição.

Isso porque os meios adotados pelo Estado para impedir o uso de drogas no país são os

---

<sup>66</sup> BOITEUX, Luciana. *Série Pensando o Direito, Tráfico de Drogas e Constituição*. nº1/2009, Rio de Janeiro: 2009. p.32



mais lesivos possíveis, tendo que vista que o Direito Penal sempre é a última *ratio*, sendo certo que há diversas medidas alternativas para conscientização e redução de danos aos usuários.

Aliado ao conceito de necessidade, mister se faz observar o princípio da intervenção mínima, o qual preceitua que:

“o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo a lei penal só deveria intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *última ratio*.”<sup>67</sup>

Assim, se o Direito Penal é a última *ratio*, e o legislador optou por criminalizar a conduta, somando-se ao fato de haver diversas outras políticas alternativas que poderiam ser adotadas e não haver concreta lesão a bem jurídico, conclui-se pela total ausência de necessidade de intervenção penal do Estado.

Ou seja, se a necessidade se configura pela adoção de meios menos lesivos para a persecução do fim legítimo a que se pretende alcançar, e diante da existência de inúmeras outras formas de tutela do consumo de drogas, se o Estado optou, injustificadamente, por intervir penalmente, violado está, portanto, o princípio da proporcionalidade.

Por fim, talvez a evidência mais flagrante da violação ao princípio da proporcionalidade, seria justamente a ausência de proporcionalidade em sentido estrito entre a conduta praticada pelo agente e o ônus imposto pelo Estado como resposta penal. É tarefa do Estado analisar os meios adequados e razoáveis para tutelar os bens jurídicos dos indivíduos, partindo-se da análise da conduta, para a formulação da ação estatal.

Deve haver a ponderação da ação do Estado de acordo com o potencial lesivo da conduta, ou seja, condutas que gerem maiores danos à sociedade devem ser combatidas com respostas estatais mais severas, enquanto condutas de menor potencial ofensivo devem ensejar reações mais brandas, ou nenhuma reação do Estado, justamente por não haver ofensa concreta à bem jurídico.

---

<sup>67</sup> PRADO. 2002, p. 119

Neste interím, o legislador deve sopesar se a conduta tutela exige uma resposta penal, de acordo com o potencial ofensivo desta, sendo certo que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito serve justamente para balizar o processo legislativo penal.

Regis Prado analisa a questão e pontua que:

“na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos, de forma que “somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual”.<sup>68</sup>

Imperioso observar que o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito “atua para que o resultado pretendido [com a norma] justifique o índice de coação provocado pela norma jurídica, ele confronta objetivo com meios empregados, para que os efeitos colaterais da aplicação da norma não sejam maiores que os efeitos que dela se espera”.<sup>69</sup>

É exatamente nesse sentido que se configura a violação maior à Constituição, na medida em que o modelo incriminador adotado pelo Estado brasileiro gera danos muito mais significativos à sociedade e aos usuários do que os próprios efeitos negativos das substâncias entorpecentes produzidos nos indivíduos.

Não há qualquer proporcionalidade entre o tratamento penal e o consumo de drogas, pois se optou por criminalizar uma conduta sem qualquer potencial lesivo, gerando incontáveis prejuízos sociais, sem, contudo, dar de fato uma solução. Nem mesmo a teoria dos “fins justificam os meios” se aplica ao caso da política de drogas nacional, haja vista que os resultados são catastróficos e o problema das drogas está distante de ser resolvido.

Desta forma, Regis Prado sintetiza a aplicação do princípio da proporcionalidade:

“A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente. A noção de proporcionalidade vem a ser uma exigência de justiça e não somente de prevenção.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Ibidem. p. 121

<sup>69</sup> BOITEUX. 2009, p.32

<sup>70</sup> PRADO. 202, p.128

A proporcionalidade também deve nortear o judiciário, que ao verificar a pena em abstrato, deve aplicá-la em cada caso, observando o potencial lesivo da conduta praticada, sem olvidar-se da análise minuciosa das peculiaridades e consequências fáticas, concluindo pela aplicação ou não da pena, e, em caso positivo, a extensão desta.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso entende que:

“o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”<sup>71</sup>

Sendo assim, como o princípio da proporcionalidade visa limitar a atuação do Estado, estabelecendo os parâmetros para que se alcance o equilíbrio entre a ofensa causada ao bem jurídico e a resposta penal do Estado, vê-se que a política nacional de repressão às drogas adotada no país carece de proporcionalidade em seu sentido lato.

Com efeito, não se verifica a necessidade, adequação ou proporcionalidade em sentido estrito que justifique a interção penal do Estado no que se refere ao consumo de drogas. É indubitável que os danos causados aos usuários, principalmente os dependentes, em decorrência da incidência do direito penal é infinitamente superior ao potencial lesivo que a droga possui com relação à saúde dos usuários.

Portanto, é nítido que o art. 28 da Lei 11.343/06 viola a Constituição da República, não só pela ofensa aos princípios da ofensividade e da autonomia privada, mas também pela total ausência de proporcionalidade entre a conduta tutelada e a ação estatal fundada na aplicação do Direito Penal como resposta imediata ao consumo de drogas.

### 2.3 A descriminalização legislativa e as políticas alternativas à criminalização do uso de drogas

Diante das violações sistêmicas aos direitos fundamentais dos usuários de drogas, provenientes da política de repressão penal ao uso de entorpecentes, é necessário o debate

---

<sup>71</sup> BARROSO, 2015, p. 295.

acerca das políticas alternativas à criminalização. Foram analisados os resultados da política atual e o fracasso da guerra às drogas, na qual os índices de violência crescem exponencialmente, sem qualquer perspectiva de melhora.

Por esta razão, outros países adotaram políticas de vanguarda, em sentido diametralmente oposto à adotada atualmente no Brasil, obtendo resultados infinitamente mais positivos, e o principal, cessando-se o sistema endêmico de violações a direitos constitucionalmente previstos dos indivíduos.

Conforme será exposto, as políticas alternativas seriam aptas a alcançar o fim a que o Estado busca com a política de repressão às drogas, atualmente sem sucesso, qual seja, a garantia da saúde pública e da segurança para os cidadãos, sem que sua ação seja mais prejudicial do que os próprios efeitos das substâncias entorpecentes.

É unânime entre os países que optaram por medidas alternativas de abordagem ao caso do porte de drogas para consumo pessoal, a decisão de descriminalizar a conduta por meio de lei, ou seja, houve a descriminalização legislativa. É consenso entre países como Holanda, República Tcheca, Portugal, e até mesmo alguns estados dos Estados Unidos, a descriminalização legislativa.

Segundo Salo de Carvalho, a descriminalização legislativa seria a forma mais adequada de retirar uma conduta do controle social formal do Estado, comportando três processos distintos, quais sejam, a descriminalização legislativa estrito senso (*abolitio criminis*), descriminalização parcial, substitutiva ou setorial com (i) a transferência da infração penal para outro ramo do direito, ou (ii) com a criação de regras diferenciadas de flexibilização das penas e extinção da punibilidade.<sup>72</sup>

Nesse panorama, merece especial atenção a descriminalização legislativa *stricto sensu*, fundada no *abolitio criminis*, ou seja, quando a conduta de fato deixa ser considerada danosa para a sociedade e passa a ser aceita, por iniciativa do poder legislativo, o qual edita lei que abroga a lei integral ou parcialmente.

---

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p.159.

Regis Prado conceitua o *abolitio criminis* da seguinte maneira:

“Perfaz-se *abolitio criminis* quando lei posterior não mais tipifica como delito fato anteriormente previsto como ilícito penal. Ou seja, com o advento da lei nova a conduta perde sua característica de ilicitude penal, extinguindo-se a punibilidade (art. 107, III, CP). A lei posterior, mais benigna (*lex mitior*) retroage para alcançar inclusive fatos definitivamente julgados (art. 2º, CP). Assim, são afastados po completo os efeitos penais da condenação, persistindo unicamente os efeitos civis.”

Assim, para muitos países a solução adequada ao tratamento do uso de drogas foi justamente a opção pela descriminalização legislativa, ou seja, entendeu-se que o ato de consumir drogas não era prática suficientemente lesiva para a sociedade a ponto de legitimar a atuação do Estado por meio do Direito Penal. Diante da descriminalização, abre-se espaço para políticas estatais aptas a regulamentar o consumo e oferecer tratamento para os dependentes químicos.

Diversos países como a Holanda e Portugal regulamentam a venda de drogas leves (ou *soft drugs*), e entendem que o consumo de drogas existe independente da proibição, portanto, para estes países, a melhor medida seria regulamentar o uso, a fim de possuir maior controle sob o consumo das substâncias entorpecentes.

Ao passo que o consumo de drogas deixa de ser uma conduta criminalizada, verifica-se que há uma inserção do usuário no contexto social das políticas de Estado, na qual este não seria mais uma figura marginalizada, e sim sujeito de direitos, o que gera benefícios tanto sociais, quanto coletivos. A partir da descriminalização, a proximidade dos usuários de drogas com outros crimes mais relevantes é reduzida, e, além disso, o dependente químico passa a ter acesso aos tratamentos médicos adequados, que até então este não teria acesso.

Salo de carvalho ressalta que “o sujeito envolvido com as drogas, por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza utilização dos serviços de assistência médica e social.”<sup>73</sup>

A regulamentação do Estado sob o consumo e comercialização das drogas gera um incremento significativo na saúde dos usuários e dependentes químicos, na medida em que a

---

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p. 189

qualidade das substâncias passa a ser controlada, evitando-se que substâncias mais danosas aos indivíduos sejam misturadas por comerciantes ilegais (traficantes) em busca de lucro.

O discurso moral em que se funda a política de drogas no Brasil sustenta que a descriminalização e regulamentação do uso de entorpecentes levaria ao aumento desenfreado do consumo. Ocorre que, diversos estudos realizados em países em que houve a descriminalização do consumo de drogas, verificou-se, por vezes, a redução do número de usuários.

Ao contrário do que se imagina, os números de crianças que tiveram contato com as drogas, e de adolescentes que utilizavam entorpecentes diminuiu<sup>74</sup>. Tais estudos foram realizados pela universidade de Colúmbia nos Estados Unidos, país em que diversos estados adotaram meios alternativos de conduzir a política de drogas, os quais surtiram efeitos significativos na redução de usuários, bem como na melhora da qualidade de vida dos cidadãos.

Importante ressaltar também que países como Israel, Canadá e Estados Unidos optaram por regular o plantio e uso medicinal da maconha, e com base em estudos científicos modernos, em janeiro do ano de 2017, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, responsável pela lista de substâncias entorpecentes ilícitas, aprovou o primeiro medicamento a base de *Cannabis Sativa*.<sup>75</sup>

Além disso, embora em recente parecer enviado ao STF a ANVISA tenha sustentado a impossibilidade de cultivo de *Cannabis Sativa* para fins medicinais, a agência reguladora editou nota técnica na qual esclarece o parecer e desmistifica as notícias veiculadas em que foi dada interpretação equivocada aos documentos. Na referida nota técnica, a ANVISA explica:

“A Anvisa discorda da ADIn porque entende que a regulamentação para fins de pesquisa e da produção de medicamentos já se encontra em processo avançado de elaboração. Na ADIn, além de serem utilizados termos vagos, não há previsão de nenhum mecanismo de controle para garantir que a finalidade do plantio seja efetivamente a pesquisa e a produção de

---

<sup>74</sup> *Uso de maconha por jovens nos EUA reduz após legalização para fins medicinais*. Disponível em: <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,uso-de-maconha-entre-adolescentes-americanos-diminui-apos-legalizacao-da-droga-para-fins-medicina,1706923> Acesso em 17/11/2017.

<sup>75</sup> *Anvisa aprova registro de remédio a base de maconha pela 1ª vez no Brasil*. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/anvisa-aprova-registro-de-remedio-a-base-de-cannabis-pela-1-vez-no-brasil.ghtml>. Acesso em 18/11/2017.

medicamentos, sob o ponto de vista da legislação existente e das evidências científicas disponíveis, como “bem-estar terapêutico”.

No que se refere ao uso, no Brasil, de medicamentos à base de substâncias presentes na Cannabis, a Anvisa não tem qualquer oposição, desde que seu registro seja aprovado pela Agência, mediante dados que comprovem sua segurança e eficácia. Tanto isso é verdade que recentemente foi aprovado, no país, o registro do medicamento Mevatyl®, à base de THC e Canabidiol, indicado para o tratamento sintomático da espasticidade moderada a grave relacionada à esclerose múltipla.

A importação de medicamentos à base Canabidiol e outros canabinóides para uso pessoal também é permitida pela Anvisa. A Agência vem autorizando a importação excepcional desses produtos desde 2014. Atualmente, o procedimento ocorre de acordo com a RDC 17/2015, que define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. (...) Porém, especificamente no que diz respeito ao cultivo da Cannabis destinado a fins científicos ou médicos, incluindo a obtenção de insumo para a fabricação de medicamentos registrados ou para o eventual tratamento de pacientes autorizados pelas autoridades governamentais, entende-se que o tema merece regulamentação ou projeto específico.

A Agência tem realizado diversas ações para elaborar essa regulamentação e criou um Grupo de Trabalho (GT) específico para esse tema. Os integrantes do GT têm realizado reuniões internas e com as autoridades sanitárias de outros países, tais como Israel, Canadá, Holanda, Chile e Estados Unidos, com o objetivo de obter conhecimento da estrutura regulatória e experiências relacionadas ao tema, para subsidiar as discussões atuais.

Para a finalização da proposta de regulamentação, a Anvisa realizará reuniões para ouvir outros órgãos do governo que têm atribuições sobre o tema, bem como pesquisadores da área acadêmica e associações de pacientes.<sup>76</sup>

Nesse panorama, a intenção da ANVISA, ainda que de certa forma retarde o processo de legalização da maconha para fins medicinais, demonstra as tendências internacionais de redução de danos, no sentido de defender a regulamentação do cultivo de Cannabis Sativa para desenvolvimento de pesquisas científicas e produção de medicamentos.

Esta sim pode ser considerada uma política a ser adotada para regulamentação do uso e cultivo de drogas, diferente da que vem sendo adotada, pois ao regulamentar o uso e o cultivo, o Estado possui controle sobre a qualidade do produto final destas drogas, sejam elas para consumo recreativo, para fins medicinais, evitando-se que os usuários corram maiores riscos de saúde.

---

<sup>76</sup> *Maconha: Anvisa não é contra para fins medicinais*. Disponível em [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-nao-e-contr-a-uso-para-fins-medicinais/219201/pop\\_up?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-nao-e-contr-a-uso-para-fins-medicinais/219201/pop_up?inheritRedirect=false). Acesso em 18/11/2017.

Ademais, o uso medicinal da maconha não pode ser considerado nem mesmo autolesivo, pois é utilizado justamente para curar outras doenças, conforme atestado pela própria ANVISA, que desde 2014 autoriza a importação de remédios à base do tetraidrocanabinol (THC) Canabidiol, e a partir de 2017 registrou o primeiro remédio a ser distribuído no país.

Desta forma, é inegável que a adoção de políticas alternativas é o meio mais eficaz e menos danoso à sociedade do Estado regulamentar o uso de substâncias entorpecentes. Acreditar em um ideal utópico de que a tutela do Estado por meio do Direito Penal seria capaz de coibir o uso de estupefacientes, é o mesmo que legitimar uma política de repressão desmedida que não alcança qualquer resultado positivo.

Independente da proibição, o consumo de drogas existe e não pode ser ignorado pelo poder público. A política repressiva é atuante no sentido de violar direitos, ao passo que a política de saúde pública é omissa em relação ao problema, de forma que a população não possui qualquer orientação sobre os efeitos das substâncias, nem de suas consequências.

A atuação do Estado deve ocorrer por meio dos órgãos de saúde, como por exemplo, a ANVISA, e, visando uma política alternativa, com base no exemplo de outros países pioneiros na regulamentação das drogas, deve criar mecanismos de regulação para minimização dos efeitos negativos e maximização dos efeitos positivos das drogas.

A descriminalização legislativa é um passo essencial a ser dado pela sociedade brasileira, de modo retirar o estigma de criminoso dos usuários de drogas e tratar os problemas de dependência atualmente existentes, reduzindo-se, portanto, os danos causados aos indivíduos.

Ocorre que, atualmente não se verifica qualquer iniciativa do Poder Legislativo no sentido da descriminalização das drogas, pois o Congresso brasileiro ainda é integrado por maioria conservadora, a qual não consegue (ou não quer) enxergar os benefícios da descriminalização.

Noutro giro, vê-se que surge a possibilidade de debate da matéria por meio do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, no qual tramita o Recurso Extraordinário de Repercussão Geral em que se discute a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Vê-se que há possibilidade concreta da descriminalização



judicial, o que será exposto adiante.

### 3. O CASO PARADIGMA BRASILEIRO: A EXPECTATIVA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

#### 3.1 A descriminalização judicial: a importância da atuação dos tribunais na garantia dos direitos fundamentais

É certo que o princípio da legalidade prevê a necessidade de criação de leis para que qualquer conduta seja tipificada como crime, o que demanda atuação da máquina estatal, por meio do devido processo legislativo. Em sentido contrário, *o abolitio criminis*, ou seja, a extinção da punibilidade de alguma conduta, que antes era prevista como crime, ocorre com a edição de nova lei, a qual retroagirá em favor de todos os condenados, mesmo nos casos em que há o trânsito em julgado.

Ocorre que, caso esta lei viole a Constituição Federal, há meios do Poder Judiciário declará-la inconstitucional, cessando seus efeitos independentemente do processo legislativo referente ao *abolitio criminis*. Nesse ponto, a própria Constituição autoriza o operador do direito a “filtrar” as leis que sejam dissonantes do ordenamento jurídico, tornado-as ineficazes.

Nesse sentido, Ferrajoli afirma:

“enquanto as condições formais de vigor consistem em adimplementos de fato, na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma por ele ditada não vem à existência, as condições substanciais da validade, e exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível. (...) as Constituições não se limitam a ditar as condições formais que consentem reconhecer o vigor "quod principi placuit", mas estabelecem ainda o que ao príncipe não deve desagradar (ou agradar), isto é, os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzida.”<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 701-702.

Desse modo, o operador do direito deve estar atento não só aos vícios formais de elaboração das leis penais, mas também aos princípios constitucionais, ao conteúdo normativo da lei. Nesse passo, ainda que editada sem qualquer vício de formalidade, como é o caso da lei 11.343/2006, a lei não pode ser aceita pelos operadores do direito quando não cumprir os requisitos de validade constitucional, ou seja, quando não estiverem em consonância com os valores e princípios do ordenamento jurídico, previstos pela Constituição.

Nesse sentido Salo de Carvalho pontua que:

“As constituições contemporâneas, portanto, não estabelecem apenas critérios formais de elaboração de normas, mas auferem conteúdo (substância) ao qual o legislador deve guardar observância. No caso do direito penal e do processo penal, a principiologia constitucional estabelece, para além dos parâmetros formais relativos aos procedimentos e competências legislativas (v.g art. 22, I, CR), ou seja, à sua vigência (validade formal), critérios substantivos de sua validade matéria (v.g art. 60, §4º, CR)<sup>78</sup>

Desta forma, é dever do operador do direito, sejam os advogados, defensores público, promotores e magistrados, aprimorar o ordenamento jurídico verificando as lacunas e inconstitucionalidades de cada lei, a fim de reduzir os danos provenientes do excesso punitivo. O autor ressalta, ainda que “a principal e mais virtuosa estratégia é, inegavelmente, a o do controle de constitucionalidade difuso, através da filtragem das leis penais e processuais penais ordinárias, operando, no caso concreto, a descriminalização judicial (ou por ato interpretativo)”.<sup>79</sup>

Justamente por esta razão, verifica-se que alguns juízes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro consideram o art. 28 da Lei 11.343/2006 inconstitucional, pela flagrante violação a princípios constitucionais como o da lesividade, da autonomia privada e da proporcionalidade. Leia-se o trecho do Juiz Rubens Casara, titular da 43ª Vara Cível da Capital do Estado do Rio de Janeiro:

“Esta é uma função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa que gera os princípios limitadores do poder de punir, vinculantes do legislador e do julgador. Nesse sentido: “o art. 28 da lei 11.343 é inconstitucional. A

---

<sup>78</sup> CARVALHO, Salo. 2016, p.163.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 168

criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os princípios da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada, e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil” (TJSP, 6ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 993.07.126537-3, Des. Rel. José Henrique Torres, J. 31/03/2008)”(grifou-se)<sup>80</sup>

Portanto, verifica-se que a própria Constituição estabelece ao operador do direito a atribuição de interpretar o conteúdo da lei, e, caso esta esteja em desconformidade com o ordenamento jurídico, sobretudo com o texto constitucional, não terá sua eficácia reconhecida. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, aguardando-se o julgamento do restante dos ministros do tribunal, a respeito da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, o que será analisado adiante.

### 3.2 O caso paradigma

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de São Paulo, onde tramitou a ação penal em que um mecânico foi condenado a prestação de serviços comunitários por portar 3 (três) gramas de maconha para consumo pessoal. A condenação se fundou no art. 28 da Lei 11.343, o qual teve sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário 635.659/SP a parte acusada do crime de porte de drogas, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sob o argumento de que o referido artigo violaria o art. 5º da Constituição Federal Brasileira, na medida em que o acusado teria seu direito à intimidade e à vida privada violados, visto que estaria sendo réu em um processo penal por três gramas de maconha para uso próprio.

Sustenta, ainda, que as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas não teriam o condão de irradiar suas consequências para além da vida privada do agente, sendo certo que não estaria configurada qualquer lesividade apta a justificar a edição da norma

---

<sup>80</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.331030-6&acessoIP=internet&tipoUsuario>. Acesso em 18/11/2017

impugnada.<sup>81</sup>

Além de diversas entidades atuando no processo como *amicus curiae*, o Ministério Público e a Procuradoria Geral da República também atuam, a fim de que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja devidamente embasada, para que um novo precedente seja fixado, ou para que o retorno ao status quo seja justificado.

Em resposta ao recurso, o Ministério Público afirma que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo (art. 28 da Lei 11.343/06) em análise seria a saúde pública, uma vez que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social.<sup>82</sup>

Nesse panorama, embora ainda não haja decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, o ministro relator Gilmar Mendes já proferiu seu voto, bem como os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, todos no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para consumo pessoal, havendo algumas divergências no que se refere à abrangência da descriminalização, quanto a natureza quantitativa e qualitativa.

### 3.2.1 Ministro Gilmar Mendes

Em fundamentado voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes posicionou-se de forma definitiva acerca da inconstitucionalidade da política de repressão ao consumo de drogas, notadamente do art. 28 da Lei 11.343/06. O ministro absolveu o acusado pela conduta prevista no referido artigo, tendo em vista a atipicidade da conduta.

Além disso, determinou a atuação do Conselho nacional de Justiça, no sentido de diligenciar estratégias preventivas ao uso de entorpecentes, e tratamento aos dependentes químicos, elaborando relatórios semestrais para que sejam informados os resultados provenientes da decisão.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>. Acesso em 19/11/2017.

<sup>82</sup> Idem.

Em sua fundamentação, enfatiza que o legislador está autorizado a criar normas incriminadoras de condutas de perigo abstrato, no entanto, cabe ao judiciário sujeitar essas normas a “rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade”, tendo em vista que tais normas deve se ater ao princípio da lesividade, o qual está intrinsicamente ligado ao da proporcionalidade.<sup>83</sup>

Sustenta que o consumo da droga não possui tamanho potencial lesivo individual, a ponto de ser tornar um problema de saúde tão grave que exija a tutela do Direito Penal, bem como não verifica o potencial de lesividade à bem jurídico alheio. A partir de então, verifica que não há proporcionalidade entre a sanção penal e o potencial lesivo da droga, razão pela qual não deve ser tutelada pelo Direito Penal, pela ausência de necessidade e adequação, e sim pelos órgãos de saúde pública.

Desvinculando a droga do crime, entende que são preservados os direitos à liberdade, intimidade, vida privada e autonomia sobre o próprio corpo, na medida em que o indivíduo exerce seus direitos fundamentais sem causar prejuízos a bens jurídicos alheios. Esclarece que a autodeterminação de cada indivíduo deve ser preservada, e que se o mesmo opta por fazer o uso de drogas estaria colocando em risco somente a sua saúde, e a de mais ninguém.

Outro ponto a ser salientado é que a atividade de venda de drogas e outras praticadas pelas organizações criminosas não podem ter a ilicitude atribuída ao usuário, pois a ligação entre este e o traficante é muito remota, para atribuir efeitos criminais à compra.

Crítica a discricionariedade dos policiais ao conduzirem o indivíduo ao poder judiciário como traficantes ou usuários, pela falta de critérios objetivos a serem seguidos, observando que as estatísticas apontam sempre para o mesmo perfil: pequena quantidade de droga, pequena quantia em dinheiro, e na maioria das vezes, nenhum vínculo com organizações criminosas.

Na mesa linha de raciocínio de Luís Carlos Valoir<sup>84</sup> e Luciana Boiteux<sup>85</sup>, o Ministro

---

<sup>83</sup> Recurso extraordinário 635.659/São Paulo, 20/08/2015. Min. Relator Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150820-10.pdf> . Acesso em 16/11/2017.

<sup>84</sup> VALOIR. 2017, p.459

<sup>85</sup> BOITEUX. 2009, p.21

entende que:

“O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.”<sup>86</sup>

Por esta razão, entende que os parâmetros devem ser estabelecidos para que esta discricionariedade saia do poder das autoridades policiais, não por falta de credibilidade nestes, mas sim pela falta de critérios objetivos a serem seguidos.

Vê-se, portanto, que o Ministro Gilmar Mendes compartilha dos mesmos fundamentos jurídico-constitucionais esposados nos capítulos 1 e 2 deste trabalho, de modo que, em síntese: (i) Sustenta a inexistência de proporcionalidade (necessidade e adequação) na aplicação do direito penal sob a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06; (ii) ausência de potencial ofensivo para bem jurídico alheio; (iii) violação à autonomia privada do indivíduo, à privacidade e à intimidade; e, por fim (iv) considera que há medidas alternativas menos lesivas e mais eficazes para a regulação do consumo de drogas.

Por estes motivos, o Ministro Relator deu provimento ao Recurso Extraordinário, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.345/2006, mantendo-se tão somente as medidas administrativas previstas, até o advento de legislação específica, afastando a incidência de qualquer sanção de natureza penal, bem como para requerer a citadas medidas junto ao CNJ.

### 3.2.2 Ministro Edson Fachin

Em seu voto-vista o Ministro Fachin absolveu o réu, declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de drogas, contudo, somente no que se refere à maconha, verificando-se, portanto, somente a descriminalização do uso desta e não das outras drogas. O ministro entendeu que, por se tratar de recurso extraordinário que desafia decisão condenatória do porte

---

<sup>86</sup> Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150820-10.pdf> p. 19. Acesso em 16/11/2017.

de maconha para consumo pessoa, deveria na análise ater-se somente à substância objeto da ação.

Insta ressaltar ainda, que o comércio e a produção continuam tipificados, declarando como atribuição legislativa o estabelecimento das quantidades mínimas da droga para que, no caso concreto, sejam diferenciados os usuários dos traficantes, a fim de que as sanções penais sejam aplicadas somente a estes.

Em vasta fundamentação, o Ministro defende que a conduta do réu não possui potencial ofensivo a ponto de ser tutelada pelo Estado, uma vez que, sopesando a ofensividade do consumo da maconha, e os direitos garantidos pela constituição como a privacidade, liberdade e a vida privada, entende que não há proporcionalidade entre a violação dos direitos fundamentais do usuário e a ofensividade da conduta para a sociedade. Ele defende:

“Portanto, parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. É preciso, pois, previamente ao exame do pedido veiculado neste recurso extraordinário, identificar se a ofensividade tem, de fato, matriz constitucional. (...) O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a "prerrogativa de avaliação fática" do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção. Nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que norma penal não atinge essa barreira.”<sup>87</sup>

Nesta toada, sustenta que a descriminalização não significa a falta de intervenção do Estado no que concerne ao uso da maconha, mas sim a desnecessidade da tutela do Direito Penal para estes casos, determinando assim que outros órgãos da Administração Pública tratem o assunto como uma mazela da saúde pública.

Esclarece que a decisão pela descriminalização não fomenta o aumento do tráfico de drogas, porém também não o elimina, inexistindo assim uma decisão perfeita, contudo, afirma que esta decisão é um passo no sentido de regulamentar as drogas no país. Para o Ministro “sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso (maconha),

---

<sup>87</sup> *Voto-vista do ministro Edson Fachin – RE 635.659*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>, p. 7-12. Acesso em 18/11/2017



o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa.”<sup>88</sup>

Por fim, ressalta que deve haver integração entre os poderes legislativo e executivo, no sentido da elaboração de critérios objetivos pelo legislativo, referentes à natureza e quantidade da droga para que seja levada em conta a diferenciação entre o usuário e o traficante de entorpecentes. E no que tange ao poder executivo, esse deve ser responsável por políticas públicas de execução destes parâmetros, com a finalidade de conceder a devida eficácia à descriminalização.

Por essas razões o ministro deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, para os caso específicos de porte para consumo próprio de maconha, determinando, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tome as medidas previstas no regimento interno para acompanhamento dos efeitos da deliberação em questão.

### 3.2.3 Ministro Luis Roberto Barroso

O Ministro Barroso em suas anotações para o voto oral, se funda, inicialmente, nos mesmos argumentos que o Ministro Fachin, entendendo que a criminalização da maconha viola o direito à privacidade e à intimidade, bem como à autonomia individual. Para o ministro “O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.”<sup>89</sup>

Nesta seara, analisou a violação ao princípio da proporcionalidade na medida em que o uso da maconha em nada afeta bens jurídicos de terceiros, prejudicando somente a saúde do próprio usuário, o que o levou a conclusão de que em não havendo lesão à bem jurídico alheio, a criminalização do consumo da maconha se configura como ilegítima.

Em suas palavras:

---

<sup>88</sup> Idem, p. 7.

<sup>89</sup> *Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso – RE 635.659*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>, p. 7. Acesso em 18/11/2017.

“O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. (...) Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.”<sup>90</sup>

Expondo sua visão em relação ao combate as drogas, afirma que uma das razões de seu voto é, além da ausência de lesividade e ineficácia dos meios utilizados, o imenso custo para o Estado diante dos benefícios encontrados com a criminalização. Os resultados verificados na famosa guerra às drogas são o aumento exponencial do encarceramento, como é possível verificar com a mínima análise histórica, a destruição da vida de jovens dentro do cárcere em péssimas condições e o crescente poder do tráfico de drogas, enquanto os benefícios não são expressivos, visto que o consumo da droga só aumenta.

Diferencia-se em seu voto por elucidar as questões controversas acerca do tema, como a questão do aumento do consumo e da criminalidade associada à maconha. Nesse aspecto, as pesquisas realizadas em outros países constataam que em primeiro momento o consumo pode aumentar, em função dos usuários experimentais, porém, os números se estabilizam ou até diminuem, tendo em vista a perda do atrativo da proibição do uso da droga.

Quanto à criminalidade, o efeito é ao contrário, verifica-se uma redução. Ademais, no que tange a inconsistência no fato de descriminalizar a produção e não a venda e o consumo, defende que a possível legalização da maconha dever ser tema para discussão do legislativo, sendo certo que em outros países a descriminalização surtiu efeitos positivos.

Ao final de seu voto, Barroso traz um argumento inovador, o qual não havia sido trazido pelos demais ministros, qual seja, a inconstitucionalidade lógica do § 1º do do art. 28 da Lei 11.343/06 que criminaliza o cultivo das plantas destinadas a preparação de pequena quantidade. Ressalta que por não haver um critério específico para limitação da quantidade, seria razoável utilizar o critério adotado no Uruguai, de seis plantas fêmeas.

Por estas razões o Ministro Luís Roberto Barroso votou para dar provimento ao recurso

---

<sup>90</sup> Idem. p. 9.

e absolver o recorrente, declarando inconstitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006. Imperioso ressaltar que o Ministro determina um limite referencial, para servir como parâmetro na análise do caso concreto, especificando que o indivíduo que possuir até 25 gramas de maconha ou, conforme citado, seis plantas fêmeas, será presumido como usuário.

### 3.3 Análise dos votos proferidos

Vê-se que há um consenso entre os ministros no que se refere à descriminalização do uso da maconha, substância que para Barroso, possuiria menor potencial de lesar o indivíduo do que o próprio álcool e o tabaco, atualmente legalizados, sendo certo que o consumo da substância não gera qualquer lesão ou ofensa à bem jurídico de terceiros.

O ministro Gilmar Mendes amplia o debate e entende que o art. 28 da Lei 11.343/2006 seria inconstitucional no que tange ao uso de qualquer droga, sem adentrar no mérito do potencial lesivo para o próprio usuário de cada droga. O que se observa, a princípio, é a tendência uníssona de se descriminalizar o consumo da maconha, restando aos demais ministros a abrangência ou não para as demais drogas.

Também foi unânime a necessidade verificada pelos ministros de se monitorar os efeitos sociais da presente decisão, diante das consequências que a descriminalização estaria apta a gerar no que se refere à redução da violência e ao possível aumento do número de usuários.

Outro ponto observado por todos os ministros é a necessidade de se instituir critérios objetivos de natureza quantitativa e qualitativa para a orientação dos magistrados e principalmente das autoridades policiais. Tendo em vista que o crime previsto pelo art. 33 da Lei 11.343/2006 possui penas rigorosas, e a diferenciação atualmente é pautada em critérios meramente subjetivos, como a finalidade a que se destina a droga, o Supremo Tribunal Federal atentou-se para propor critérios objetivos, ou alertar ao legislativo que o faça.

Ressaltou-se a necessidade de redução dos danos causados aos usuários diante da política de drogas adotada atualmente, enfatizando, tal como no presente trabalho, a desproporcionalidade entre uma sanção penal e a conduta tipificada. O ponto nodal observado foi o fato da pena imposta ser mais lesiva para a sociedade do que a própria conduta, o que retiraria a legitimidade da atuação Penal do Estado.

Por fim, os ministros chegaram às mesmas conclusões alcançadas no presente trabalho, de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, da lesividade ou ofensividade, bem como aos direitos fundamentais à autonomia da vida privada, da intimidade e da privacidade, todos estes previstos expressamente na Constituição Federal.

---

## CONCLUSÃO

Diante da análise acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo, alguns comentários devem ser ressaltados. Primeiramente, verifica-se que conforme os votos dos ministros do STF, bem como de acordo com a doutrina especializada consultada neste trabalho, há o reconhecimento incontestável da violação ao princípio da lesividade. Isso por que é inegável a ausência de potencial lesivo para a sociedade, além dos prejuízos causados à saúde do próprio usuário, o que é determinante para que o tema não mais seja abarcado pelo Direito Penal Brasileiro.

Outro argumento notável é a preponderância dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à autodeterminação dos indivíduos, em relação à saúde e segurança pública, tendo em vista que o uso da droga comprovadamente gera risco à saúde do próprio usuário, não havendo prejuízos maiores aos bens jurídicos de terceiros. Desse modo, o Estado, por meio da saúde pública deve providenciar o tratamento e a prevenção do uso das drogas, e não tratar os usuários como criminosos, os encarcerando em afronta aos seus direitos fundamentais.

Por fim, é possível destacar a que além de superlotado, o cárcere brasileiro não possui as condições necessárias à ressocialização do indivíduo, razão pela qual deve haver um critério objeto para a diferenciação dos traficantes e usuários, a fim de evitar que estes sejam presos e tenham contato com outras práticas delituosas, potencializando a conduta do usuário, o transformando em potencial criminoso.

Por estas razões é que os Ministros sabiamente votaram no sentido de absolver o acusado, tendo em vista o ínfimo potencial lesivo da conduta para a sociedade, resguardando assim os direitos à liberdade, autodeterminação e intimidade de cada indivíduo, na medida em que são livres para optar pelo uso ou não de drogas, sem que haja a tutela do Direito Penal.

Importante ressaltar que o Estado ainda deve estar presente no que concerne ao combate às drogas e ao tratamento dos usuários, contudo, sem impor sanções aos que consumirem as drogas, mas sim criando campanhas de desincentivo e disponibilizando saúde pública de qualidade para os dependentes.

Por fim, a descriminalização é um grande avanço, símbolo de uma sociedade que vem se modernizando de acordo com suas demandas sociais, rompendo principalmente com a ultrapassada política de guerra às drogas, atualmente praticada no país. No entanto, somente a descriminalização não é o suficiente para que alcance o objetivo do fim da guerra às drogas instaurada no país, ainda que seja o primeiro passo.

Este pode ser o primeiro degrau para a legalização e, conseqüentemente, o fim da guerra às drogas, que mata milhares de pessoas por ano e é reponsável pelas violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, pois, sem o poderio econômico proveniente da venda das drogas, o poder paralelo não seria capaz de desafiar o Estado como ocorre atualmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2013.

BOITEUX, Luciana. Direitos Humanos e convenções internacionais de drogas: Em busca de uma Razão Humanitária nas leis de drogas. 2014, p.243. Disponível em [https://www.academia.edu/34453247/DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_CONVEN%C3%87%C3%95ES\\_INTERNACIONAIS\\_DE\\_DROGAS\\_Em\\_Busca\\_de\\_uma\\_Raz%C3%A3o\\_Humanit%C3%A1ria\\_nas\\_Leis\\_de\\_Drogas\\_2014](https://www.academia.edu/34453247/DIREITOS_HUMANOS_E_CONVEN%C3%87%C3%95ES_INTERNACIONAIS_DE_DROGAS_Em_Busca_de_uma_Raz%C3%A3o_Humanit%C3%A1ria_nas_Leis_de_Drogas_2014) . Acesso em 15.11.2017.

BOITEUX, Luciana. O fracasso da Guerra às drogas. Disponível em: [https://www.academia.edu/34664187/O\\_Fracasso\\_da\\_Guerra\\_às\\_drogas](https://www.academia.edu/34664187/O_Fracasso_da_Guerra_às_drogas). p. 360. Acesso em 16/11/2017.

BOITEUX, Luciana. Opinião pública, política de drogas e repressão penal: uma visão crítica, 2015, p. 151. Disponível em [https://www.academia.edu/34371858/Opinião\\_Pública\\_Politica\\_de\\_Drogas\\_e\\_Repressão\\_Penal\\_Uma\\_visão\\_cr%C3%ADtica\\_2015](https://www.academia.edu/34371858/Opinião_Pública_Politica_de_Drogas_e_Repressão_Penal_Uma_visão_cr%C3%ADtica_2015) . Acesso em 15.11.2017.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justice criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no Crime de tráfico de drogas. Revista Jurídica, Brasília, V.11, n. 94, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/revistajurídica> . Acesso em 7 jun 2017.)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil/88. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) .

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)

BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)

BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)

BRASIL, Habeas Corpus nº 0029991-26.2017.8.19.0000. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FD7EA74EAF5E48500D7D9AC27E275C24C50653623A3B&USER=>. Acesso em 22 nov 2017.

BRASIL. Maconha: Anvisa não é contra para fins medicinais. Disponível em [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-nao-e-contra-uso-para-fins-medicinais/219201/pop\\_up?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-nao-e-contra-uso-para-fins-medicinais/219201/pop_up?inheritRedirect=false). Acesso em 18/11/2017.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file). Acesso em 07/06/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso – Recurso Extraordinário 635.659. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf> p. 7. Acesso em 18/11/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150820-10.pdf> Acesso em: 16.nov.2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Voto-vista Ministro Edson Fachin. Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em: 16.nov.2017.

BRASIL. UPP – Unidade de Polícia Pacificadora. Disponível em <http://www.rj.gov.br/web/seseg/exibeconteudo?article-id=1349728> . Acesso em 5 nov 2017

CARVALHO, Salo de. A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006 – 8ª edição – São Paulo. Saraiva. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002

KARAN, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam, 1991

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito de Direito Penal Brasileiro – parte geral – 3ª ed. – São Paulo – editora Revista dos Tribunais, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

VALOIR, Luís Carlos. O direito Penal da Guerra às drogas. 2ªed – Belo Horizonte: Editora D`Plácido, 2017.